



O FURTO DE MATERIAL DE GUERRA – SUBSÍDIOS PARA A DENSIFICAÇÃO DE UM CONCEITO DE CRIME PATRIMONIAL EXCLUSIVAMENTE MILITAR

César Alexandre de Barros Afonso

Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Rua dos Bragas, 223, Porto

Orientadora: Professora Doutora Sandra Maria Oliveira e Silva

Tese de Mestrado na área de Ciências Jurídico-Criminais

15 de Outubro de 2019

AGRADECIMENTOS

Como não podia deixar de ser, aproveito este momento para deixar umas palavras de apreço a algumas pessoas.

Em primeiro lugar, à Instituição Militar, por me dar a oportunidade e o apoio necessários para continuar a estudar, e, em especial, aos seguintes militares, que se mostraram sempre disponíveis para me responder às minhas dúvidas: o Sr. Sargento-Mor António Nascimento e o Sr. Coronel José Barros Henriques.

À minha orientadora, Professora Doutora Sandra Oliveira e Silva, que me apontou sempre na direção certa e me apoiou quando mais precisei.

À minha família, que está sempre no meu coração.

Aos Amici, que estão lá sempre quando preciso.

À luz da minha vida; sem ti, nunca teria chegado até aqui.

Muito obrigado.

RESUMO

É nosso objetivo na presente Tese abordar a Justiça Militar portuguesa, no que concerne ao crime de Furto de Material de Guerra. Na primeira parte iremos fazer uma introdução ao tema militar na Justiça, passando para o contexto português ao referir muito brevemente o seu contexto histórico e a sua evolução, passando por uma abordagem à parte processual e substantiva – relativamente aos crimes de âmbito patrimonial – do Direito Penal militar, finalizando com uma exposição sobre o conceito constitucional de “crime *estritamente* militar”. Na segunda parte, iremos aproximarmo-nos do escopo deste trabalho, aproximando os conceitos de crime de furto do Código Penal português ao crime de furto de material de guerra do Código de Justiça Militar português, através do estudo de cada um destes crimes, analisando individualmente o primeiro e depois fazendo uma análise comparativa entre estas duas normas. Chegaremos à conclusão que, embora similares quanto à letra, a diferença de fundo irá se basear no bem jurídico que pretendem proteger; quanto à norma penal comum, o bem jurídico da propriedade, quanto à norma penal militar, o bem jurídico militar da capacidade militar (integrada na proteção dos interesses militares da Defesa Nacional). Consequentemente, surgem dúvidas quanto ao valor do conceito de “património” no contexto penalístico-militar (que, forçosamente, se terá de conjugar com o termo “operacionalidade”) e relativamente à extensão da alínea *r*), nomeadamente o que pretende o legislador ao se referir a “*Qualquer outro bem pertencente às Forças Armadas ou outras forças militares cuja falta cause comprovados prejuízos à operacionalidade dos meios*”, não logrando entre nós o atual critério jurisprudencial.

Palavras-Chave: Direito Militar; Crime Patrimonial; Furto; Material de Guerra.

ABSTRACT

It is our objective in the present Thesis to approach the Portuguese Military Justice, regarding the crime of War Material Theft. In the first part we will make an introduction to the military theme in Justice, moving to the Portuguese context by mentioning very briefly its historical context and its evolution, going through an approach to the procedural and substantive part - regarding patrimonial crimes - of the Military Criminal Law, ending with an exposition on the constitutional concept of “strictly military crime”. In the second part, we will approach the scope of this work, bringing the concept of theft crime of the Portuguese Penal Code to the crime of theft of war material of the Portuguese Military Justice Code, by studying each of these crimes, analyzing individually the first and then making a comparative analysis between these two norms. We will come to the conclusion that, albeit similar in letter, the substantive difference will be based on the legal interest they wish to protect; as for the common criminal norm, the legal interest of property, as for the military criminal norm, the military legal interest for military capability (integrated in the protection of the military interests of National Defense). As a result, doubts arise as to the value of the concept of 'property' in the military-penal context (which will necessarily have to be combined with the term 'operability') and the extent of point *r*), namely what the legislator intends to refer to “*Any other property belonging to the Armed Forces or other military forces whose absence causes proven damage to the operability of the means*”, with us not concurring with the current jurisprudential criterion.

Keywords: Military Law; Patrimonial Crime; Theft; War Material.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
PARTE I – A JUSTIÇA MILITAR NO PANORAMA PORTUGUÊS	6
1. A JUSTIÇA MILITAR.....	6
2. O CONTEXTO PORTUGUÊS	14
2.1 A TÉCNICA LEGISLATIVA DE CODIFICAÇÃO MILITAR	15
2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA JUSTIÇA MILITAR PORTUGUESA.....	17
2.3 O SISTEMA DE JUSTIÇA MILITAR PORTUGUÊS	21
2.3.1 JURISDIÇÃO E PROCESSO.....	21
2.3.2 DIREITO PENAL MILITAR SUBSTANTIVO	23
3. O CRIME <i>ESTRITAMENTE</i> MILITAR	27
PARTE II – O FURTO DE MATERIAL DE GUERRA.....	35
1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O TEMA	35
2. O CRIME DE FURTO DO CÓDIGO PENAL	36
3. O FURTO DE MATERIAL DE GUERRA E O FURTO DO CP	47
4. O CONCEITO DE “MATERIAL DE GUERRA”: A INTERPRETAÇÃO DA ALÍNEA R) DO ARTIGO 7º.....	53
CONCLUSÃO	58
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	60

INTRODUÇÃO

Na nossa ordem jurídica existe uma separação entre o Direito Penal e o Direito Penal Militar. Essa distinção parte da ideia de que o direito penal de âmbito militar tem de proteger valores específicos que a justiça penal comum não deve acautelar por si mesma, sendo esses bens jurídicos militares correspondentes aos interesses militares da Defesa Nacional. Essa proteção dá-se através da previsão de uma categoria específica de crimes: os estritamente militares.

É objetivo desta investigação analisar o âmbito da proteção do património no Código de Justiça Militar (CJM), usando como referência o crime de furto de material de guerra. Iremos fazer uma comparação entre aquele crime e o crime de furto do Código Penal (CP), analisando no final, em particular, a alínea *r*) do artigo 7º do Código de Justiça Militar: esta alínea corresponde a uma cláusula residual do conceito de material de guerra (primacial a todos os crimes de âmbito patrimonial exclusivamente militar), tendo como objetivo poder abarcar naquele conceito outros materiais que não estejam previstos na letra do artigo. É necessário compreender o alcance desta alínea, visto poder englobar outros bens que, dependendo do caso em concreto, podem ser materiais de guerra ou não, sendo essa qualificação necessária para o preenchimento do tipo.

PARTE I – A JUSTIÇA MILITAR NO PANORAMA PORTUGUÊS

1. A JUSTIÇA MILITAR

A Justiça Militar é um conceito muito antigo, não só no nosso país, mas em todo o mundo. Englobando as normas de conduta das forças bélicas e de organização disciplinar interna, podemos dizer que é um conjunto de regras ancião que remonta à época do Direito Romano.

Quanto àquela realidade, podemos afirmar que existiu uma variação sensível no Direito Penal Militar em épocas distintas, sobretudo graças às várias mudanças experimentadas pelo exército romano, ainda que se verifique uma ausência de textos legais daquele momento histórico¹, pelo menos até ao século VI no Império Bizantino, após a queda do Império Romano no Ocidente, em que surgiram as compilações Justinianas. Estas caracterizavam-se por não terem grande aplicabilidade no âmbito militar, sobretudo devido à sua redação latina² e excesso de volume, que resultavam num manejo demasiado complexo³, algo não desejável no ambiente castrense daquele lugar e momento. Assim, a compilação da legislação romana ordenada por Justiniano I caracterizava-se por ser desfasada, desordenada e confusa, o que levou a alterações posteriores àquela⁴.

Afastando-nos um pouco do contexto histórico, a seguinte questão coloca-se: afinal, em que consiste a Justiça Militar, e porque é que se demarca do apelidado Direito Comum? Nas palavras do Coronel GIL PRATA, aquela irá corresponder à “tutela de valores que se prendem com a função militar e do sancionamento de condutas que atentam contra interesses jurídicos ligados à defesa nacional ou às próprias forças armadas”⁵. Ou seja, trata-se de um conjunto de regras autónomo, que se prende com a proteção daqueles valores castrenses, através do sancionamento de comportamentos específicos. Aquele sancionamento terá um carácter disciplinar ou penal, tendo em conta a gravidade, o contexto e as normas violadas pelas ações praticadas.

¹ GARRIDO, António Millán, *El Delito de Desercion Militar*, Bosch, 1983, pág. 11.

² As línguas oficiais do Império Romano do Oriente não eram só o Latim, mas também o Grego.

³ GARRIDO, António Millán, *El Delito* (...), pág. 18.

⁴ *Ibidem*.

⁵ PRATA, Vítor Gil, “Visão diacrónica da Justiça Militar em Portugal”, in *Justiça Militar: A rutura de 2004*, Instituto Universitário Militar, Lisboa, 2017, pág. 2.

Serão as normais penais comuns suficientes para reagir às condutas infracionais de carácter militar, e por sua vez, capazes de salvaguardar aqueles bens jurídicos violados? A resposta a esta questão dependerá dos bens jurídicos violados pela conduta do agente; um militar, ou alguém sob a alçada das forças armadas (como um trabalhador civil, por exemplo), não está unicamente submetido à lei militar por ser possuidor dessa qualidade específica (ser militar, ou servir as forças armadas como civil). Isso ocorre por não se aplicar hoje em dia o *critério pessoal* quanto ao julgamento de crimes de âmbito militar; antes, é aplicado o *critério material*, tomando-se em conta não tanto as qualidades do agente (nomeadamente a qualidade militar do sujeito para estarmos perante a um crime de natureza militar), mas sim o conteúdo do ato cometido (que viola bens jurídico-militares). Assim, se um militar cometer um crime que não envolva a violação de bens jurídicos de cariz militar, estará sujeito à Lei Comum, não relevando a sua qualidade de militar; no entanto, se tal violação ocorrer, será de se aplicar a Lei Militar (seja o agente militar ou não).

Daí se justificar esta separação da Lei Penal Militar face à Comum; existe essa necessidade de assegurar os fins específicos para os quais foram criadas as Forças Armadas⁶, e quando as normas presentes na Lei Militar adquirem carácter penal, surge a ideia do Direito Penal Militar, adotando a intenção de proibir determinadas condutas atentatórias aos interesses militares⁷.

No entanto, de acordo com a doutrina espanhola, não será correto admitir que o Direito Penal Militar seja *autónomo* do Direito Penal Comum; antes, será um direito penal *especial*. De acordo com RUPERTO NUÑES BARBERO, existem três sentidos que podemos dar ao direito penal *especial*, no intuito de tentar descrever a realidade da ordenação militar:

1. Num primeiro caso, podemos falar de “especialidade” no caso de a lei não estar incluída no Código Penal, mas que acaba por integrá-lo ou modificá-lo (sendo então uma *lei complementar*);

⁶ CIARDI, *Trattato di Diritto Penale Militare*, Vol. I, P. G., Roma, 1970, pág. 10 cit. por BARBERO, Ruperto Nuñez, “Derecho Penal Militar y Derecho Penal común”, in *Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Fasci. 3, 1971, pág. 714

⁷ BARBERO, Ruperto Nuñez, “Derecho Penal Militar y Derecho Penal común” (...), pág. 714.

2. Em segundo lugar, seria uma “especialidade” baseada no facto da lei só se aplicar a um certo núcleo de pessoas (neste caso, militares), devido a certas condições jurídicas que possuem, face à restante população;
3. Finalmente, numa terceira aceção, estaríamos face a uma lei “especial” que derroga a lei geral; aqui, tomaria o sentido de lei “diferente” ou “distinta”, com elementos específicos que afastam a norma geral.

O autor acredita que estas três aceções devem concorrer entre si, estabelecendo um meio termo entre elas, de modo a podermos definir a lei penal militar⁸. Além disso, ele realça um ponto importante: a lei penal militar nunca poderá ser independente dos princípios penais presentes no Direito Comum, tendo de se aplicar as normais penais comuns quando existam lacunas; assim, RUPERTO BARBERO chega à conclusão lógica que o Direito Penal Militar nunca poderá ser um sector diferente ou autónomo do direito (como por exemplo, o Direito Administrativo ou o Direito Civil), mas antes uma *derivação* do Direito Penal, que se justifica, mais uma vez, nas finalidades específicas das Forças Armadas⁹.

Num outro ponto, afasta a ideia do Direito Penal Militar como sendo um direito de exceção (excluindo em casos de tempo de guerra) e, numa nota mais importante, estabelece uma importante diferença prática: a de *direito sancionatório disciplinar* e de direito penal militar.

Como sabemos, a vida castrense rege-se à base da disciplina; antes de sequer podermos referir os atos suscetíveis de violar uma norma penal, devemo-nos debruçar atentamente sobre a questão disciplinar que, embora menos grave, será a mais corriqueira no seio militar. De acordo com o autor, o direito sancionatório disciplinar tem como objetivo uma melhor organização de um serviço público, através do sancionamento da violação de um dever especial aliado a um serviço¹⁰. No caso das Forças Armadas, o direito sancionatório disciplinar será muito útil: este irá proteger os valores inseridos em deveres especiais aliados à condição de militar, tais como os deveres de Obediência e de Lealdade.

⁸ *Idem*, págs. 717 -719.

⁹ *Idem*, págs. 720 e 721.

¹⁰ *Idem*, pág. 727.

Então, porque é que não basta o direito disciplinar para acautelar todas as normas militares? Para entendermos isto, basta refletir sobre o sentido destes institutos. O direito disciplinar tem uma base administrativa, regendo-se essencialmente por princípios desse sector de direito, e, como já referido *supra*, a procura de uma melhor organização do serviço público; no Direito Penal procura-se a defesa da ordem jurídica em geral¹¹. Podemos acrescentar, nas palavras de RUPERTO BARBERO, que “(...) en el Derecho penal domina el principio de legalidade y en el disciplinario el de oportunidad”¹².

Na doutrina portuguesa é feita esta distinção entre o direito sancionatório disciplinar e o direito sancionatório penal. Abordando os atos anti-jurídicos sobre qual cada um versa, de acordo com EDUARDO CORREIA, o ilícito disciplinar, a par do ilícito criminal, visa a proteção de certos valores, nomeadamente os de obediência e disciplina, sendo estes essenciais para a rotina laboral dentro de um serviço público (tal como para a vivência castrense, como referido *supra*) responsabilizando certas pessoas perante outras através de um vínculo de dever especial. Esta proteção justifica-se pela necessidade desse serviço público, em respeito pelo princípio da prossecução do interesse público¹³, de operar devidamente, tendo de ser uma “unidade funcional que exige uma certa disciplina para o seu perfeito desenvolvimento”, correspondendo a uma violação desta disciplina um ilícito disciplinar, a que corresponde por sua vez uma pena disciplinar¹⁴. Importa referir também que, relativamente à caracterização da norma, no ilícito disciplinar não costuma existir uma tipificação integral, mas antes uma cláusula geral que irá abranger as infrações aos deveres profissionais ocorridos durante o serviço, como fora dele (neste caso, logo que “*sejam de natureza a repercutir-se no serviço*”)¹⁵.

¹¹ *Idem*, pág. 727.

¹² *Idem*, pág. 728.

¹³ Cfr. Artigo 266º, nº 1 da Constituição da República Portuguesa e artigo 4º do Código do Procedimento Administrativo.

¹⁴ CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, Coimbra, 1997, pág. 35 e 36.

¹⁵ *Idem*, pág. 36; relativamente ao âmbito disciplinar no seio castrense, o Regulamento de Disciplina Militar não adota a postura referida, acabando por tipificar as formas de violação de cada um dos deveres militares, prevendo o princípio que pretende proteger, passando de seguida – através da expressão “Em cumprimento do dever de (...) incumbe ao militar, designadamente”, à exceção dos deveres de tutela, isenção política e sigilo (artº 15º, 20º, 21º do RDM) – a tipificar os atos que cumprem (ou não) o mencionado dever; para além disso, prevê situações em que atos da vida particular que se repercutem no serviço, como por exemplo, quanto ao dever de lealdade, no nº 2 do artigo 16º: “Em cumprimento do dever de lealdade incumbe ao militar, designadamente: a) Não manifestar de viva voz, por escrito ou por qualquer outro meio, ideias contrárias à Constituição ou ofensivas dos órgãos de soberania e respectivos titulares, das instituições militares e dos militares em geral ou, por qualquer modo, prejudiciais à boa execução do serviço ou à disciplina das Forças Armadas; b) Respeitar e agir com franqueza e sinceridade para com os militares de posto superior, subordinados ou de hierarquia igual ou inferior, tanto no serviço como fora dele; c) Informar com verdade o superior hierárquico acerca de qualquer assunto de serviço; d) Não tomar parte em

FIGUEIREDO DIAS diz-nos que, ao contrário das contra-ordenações, os ilícitos disciplinares não serão “axiologicamente neutros”¹⁶, justificando-se assim através de uma finalidade de proteção de valores. Diz-nos o autor que o ilícito disciplinar encontra

“justificação no especial significado e função que o **serviço público** – e nele os agentes, empregados ou funcionários públicos – assume nos quadros do Estado de Direito democrático: (...) o serviço público é hoje perspectivado pelo cumprimento de uma função própria e insubstituível no processo dinâmico de integração das funções específicas do Estado, estritamente subordinado ao *princípio da legalidade da Administração*. Daqui resulta para o agente administrativo o asseguramento de uma série de direitos profissionais, mas também a imposição de especiais *deveres* no interesse da comunidade jurídica: a relação de serviço jurídico-pública é antes de tudo uma abrangente **relação de dever** que serve o interesse público em nome da integridade e da confiança.”¹⁷

Conclui o autor que se dá um ilícito disciplinar caso esses valores de *integridade* e *confiança* associados ao serviço sejam violados, sendo-lhe aplicável uma medida ou sanção disciplinar. Ele refere também a ideia já abordada *infra*: diferentemente do ilícito penal, o ilícito disciplinar é um ilícito *interno* “exclusivamente virado para o serviço”¹⁸, que pode ocorrer, mesmo não existindo um “dano” à autoridade Estado (ao contrário do ilícito penal, em que existe, pelo menos, a existência de perigo de lesão para um bem jurídico), configurando-se como “um *aliud* relativamente ao ilícito penal”¹⁹. Existem outras características que criam a divisão entre estes ilícitos, nomeadamente a existência do *princípio da subsidiariedade* inerente ao direito penal (e não ao disciplinar) e o facto de o ilícito disciplinar possuir qualidades de *prevenção especial* (mas não de *prevenção geral*).²⁰ Na esteira de EDUARDO CORREIA, relativamente à punição disciplinar de infrações fora do serviço, diz-nos FIGUEIREDO DIAS que, “só na medida em que aquela condução da vida do funcionário ou agente conduza à violação de um dos citados deveres pode o funcionário ser disciplinarmente responsabilizado; é sempre a violação do *dever funcional* (...) que fundamenta a responsabilidade”²¹.

manifestações colectivas atentatórias da disciplina, entendendo-se como tais as que ponham em risco a coesão e disciplina das Forças Armadas, nem promover ou autorizar iguais manifestações; e) Não se servir, sem para isso estar autorizado, dos meios de comunicação social ou de outros meios de difusão para tratar assunto de serviço ou para responder a apreciações feitas a serviço de que esteja incumbido, caso em que deve participar o sucedido às autoridades competentes; f) Informar previamente o superior hierárquico quando apresente queixa contra este”.

¹⁶ FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *Direito Penal – Parte Geral – Tomo I – Questões Fundamentais – A Doutrina geral do crime*, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2007, pág. 169.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Idem*, pág. 170.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ *Idem*, pág. 171.

Assim, chegamos à conclusão lógica que o Direito Penal Militar não deixa de ser necessário, ainda que exista uma dimensão de normas disciplinares dentro das Forças Armadas, mostrando-se insuficientes para acautelar os interesses militares da Defesa Nacional; pois os crimes de natureza militar têm uma influência exterior às próprias forças, que se vão repercutir na sociedade civil, ao contrário das infrações disciplinares, em que os seus efeitos negativos se mantêm dentro da redoma castrense.

Avançando a questão de tratamento diferente dos institutos jurídicos em causa e a respetiva demarcação do Direito Penal Militar face ao Direito Comum quanto aos seus pressupostos, urge-nos abordar a perspetiva das consequências jurídicas destes comportamentos criminosos militares, face aos comportamentos criminosos comuns.

Numa primeira aproximação ao tema, pressupõem-se à partida que o Direito Penal Militar há de ser mais severo que o Direito Penal Comum. A severidade assente não se irá justificar na qualidade militar do agente²², mas antes na natureza militar do crime, que irá violar bens jurídicos militares essenciais para a defesa dos interesses militares nacionais. Neste sentido – no que toca à severidade deste sistema de normas – diz-nos RUPERTO BARBERO que

“Se ha considerado como rasgo típico del Derecho penal militar una mayor severidade que la que impera en el Derecho común. Lo cual vendria a ser la consecuencia de las exigências de obediência y disciplina, ya que los caracteres del Derecho castrense proceden, en gran parte, de esas dos necesidades de la milicia. De aquí las duras penalidades con que se castigan diversas formas de desobediência e indisciplina, que la negligencia adquiera mayor gravedad y extensión que en Derecho común, y que actos considerados como no punibles, por falta de acción o de culpabilidade, como el sueño constituyan figuras de delito graves en el centinela que se duerme. (...) Debe observarse, además, cómo, en general, las exigencias requeridas por el ordenamiento jurídico militar imponen un sistema de normas penales dirigido a garantizar el más exato cumplimiento de los deberes militares y aparecen, en consecuencia en criterios de particular severidade. De aquí que, por una parte, la configuración de tipos delictivos no previstos en las leyes comunes se explique por lá relación especial que une al militar con el Estado, y por otra, el que las previsiones de hechos delictivos en las leyes militares, aun tipificadas también en la ley común, hagan surgir nuevas figuras autónomas de delitos, conminadas, en general, con sanciones más enérgicas y severas”²³.

²² *Infra* teremos oportunidade de abordar a adoção do critério do foro material em prol do foro pessoal, no julgamento dos crimes militares.

²³ BARBERO, Ruperto Nuñez, “Derecho Penal Militar y Derecho Penal común” (...), pág. 748.

Embora não nos revejamos na linha de que essa punição superior se baseie na relação especial do militar com o Estado (logo, pela qualidade do agente), o autor refere aqui algumas características importantes que irão demarcar a diferença do Direito Penal Militar para o Comum, que se verificam também no direito português, nomeadamente uma maior punibilidade da negligência²⁴, a punibilidade pelo sono²⁵, uma maior exigência pelo cumprimento das necessidades do Instituto Militar²⁶, uma organização jurídica característica²⁷, a existência de uma relação especial entre o Militar e o Estado, e a existência de novas figuras autónomas e severas (ainda que tipificadas na lei comum).

Ainda que existam estas diferenças (e outras que iremos expor *infra*), não devemos considerar o mundo militar como uma realidade separada da nossa sociedade. As especificidades podem existir, e mesmo que as responsabilidades sejam superiores, visto que os militares existem para garantir os interesses nacionais da Defesa e prestam juramento no sentido de sacrificar a própria vida pelo dever último de defender a Nação, não pode exigir-se daqueles qualidades sobre-humanas. Assim, as posições equilibram-se, afastando a ideia de que o militar é superior (ou inferior) ao próximo, e, consequentemente, uma justificação à separação destes dois mundos²⁸. Neste sentido, RUPERTO BARBERO relembra-nos, citando ROGEN, que “El ejército no ha sido

²⁴ Cfr. Artigos 33º, 53º, 71º, 74º, 81º e 105º do CJM.

²⁵ No caso do artigo 67º do CJM, quanto ao incumprimento de deveres militares, essa hipótese está prevista: “O militar que, depois de nomeado ou avisado para serviço de segurança ou serviço necessário à prontidão operacional de força ou instalação militares, se colocar na impossibilidade, total ou parcial, de cumprir a sua missão, embriagando-se, ingerindo substâncias estupefacientes ou psicotrópicas, adormecendo no posto de serviço ou infligindo a si próprio dano físico, é punido (...)”; ainda sobre o caso português, podemos fazer referência ao medo: o crime de cobardia é punível pelo CJM, no artigo 58º, algo inexistente no código penal comum português.

²⁶ Nomeadamente quanto à obediência e à disciplina, critérios que não são valorados da mesma forma no direito civil.

²⁷ Construída de modo a garantir *escrupulosamente* o cumprimento dos deveres militares, inspirando-se então em critérios de especial severidade.

²⁸ Podemos dizer que a diferença de um militar para um civil, para além da farda e do conhecimento da vivência militar, também se reporta à vontade de defender aqueles valores, prestando um juramento nesse sentido, até, se necessário, com o sacrifício da sua própria vida. Moniz Barreto, na sua *Carta a D. Carlos, El-Rei de Portugal*, fala-nos sobre a profissão militar, de uma forma que ainda hoje se aplica aos (verdadeiros) militares: “A gente conhece-os por militares (...) Por definição o Homem de guerra é nobre. E quando ele se põe em marcha à sua esquerda vai a coragem e à sua direita a disciplina. É nobre de caráter e a sua nobreza advém do facto de pautar a sua conduta pelos ditames da virtude e da honra e pelo seu amor Pátrio, e por assentar a sua atividade no respeito por valores fundamentais; É corajoso porque deve ultrapassar o medo e aceitar os riscos decorrentes das suas missões de serviço, se necessário com sacrifício da própria vida, sendo o único profissional que pode ser condenado por atos de cobardia; e é disciplinado porque assume que a disciplina militar é condição do êxito da missão a cumprir e elemento essencial do funcionamento regular das forças armadas, visando a integridade da sua organização, a sua eficiência e eficácia”. Não queremos com isto dizer que o militar será melhor que o civil; antes, será o seu servo por excelência, que assegurado por aqueles valores ao seu lado, conseguirá sempre cumprir a sua missão: pronto para o combate e para defender a Nação.

creado al margen de la sociedad nacional..., sino que es un aspecto particular de esta sociedad”²⁹; diz-nos também JOSÉ SANTISTEBAN, apoiando-se na jurisprudência espanhola “No se debe olvidar que lo castrense no es un mundo aparte, ni el Derecho militar es un ordenamento separado tal y como señala el Tribunal Constitucional”³⁰. Para além do que está referido acima, não nos podemos olvidar do óbvio: a ordem jurídico militar encontra-se inserida no ordenamento jurídico estatal; terá sempre por base o mesmo respeito pela Lei Fundamental, a lei comum a todos³¹, encontrando assim a sua legitimidade democrática³².

²⁹ ROGGEN, “Une doctrine de la Justice Militaire Belge”, in *En revue de droit penal militaire et droit de la Guerre*, vol. 2, 1966, pág. 348, cit. por BARBERO, Ruperto Nuñez, “Derecho Penal Militar y Derecho Penal común” (...), pág. 751.

³⁰ SANTISTEBAN, José Antonio Rodríguez, *Los delitos contra el patrimonio en el Código penal militar*, Madrid, Reus, 2017, pág. 25.

³¹ BARBERO, Ruperto Nuñez, “Derecho Penal Militar y Derecho Penal común” (...), pág. 751.

³² FIGUEIREDO DIAS, Jorge, “Justiça Militar”, in *Colóquio Parlamentar*, Comissão da Defesa Nacional, Lisboa, 1995.

2. O CONTEXTO PORTUGUÊS

Ainda que existam restrições aos direitos e liberdades constitucionais dos elementos do mundo castrense, criando diferenças pertinentes entre civis e militares³³, é importante reter que o mundo militar não deve ser considerado um mundo à parte; antes deve ser considerado no conjunto da sociedade em que se insere, estando submetida à mesma Lei Fundamental que a sociedade civil. Daí que seja importante, aquando a criação de um Código de Justiça Militar que se dobre sobre esta realidade, que se consiga traçar a diferença entre o Delito Militar e o Delito Comum, sendo-se criterioso quanto aos elementos que incorporam cada um destes fenómenos. Criando-se esta separação, podemos começar a pensar na melhor forma de introduzir estes delitos na nossa Ordem Jurídica, recorrendo à técnica legislativa que melhor concretize esse propósito. Antes de mais, temos de colocar certas questões, com o propósito de atingir esse fim: deverá o Código de Justiça Militar ser autónomo do Código Penal Comum? Deverá antes complementá-lo com recurso a lei extravagante? Ou então, para atender aos interesses militares seja mais prudente incluir as normais penais militares dentro do Código Penal Comum, numa secção própria respeitante às Forças Armadas? Cada Ordenamento Jurídico possui um método próprio, os quais iremos abordar *infra*.

³³ Prevê o artigo 270º da CRP, as seguintes restrições aos direitos e liberdades constitucionais dos militares: de expressão, reunião, manifestação, associação e petição coletiva; à capacidade eleitoral passiva; à greve.

2.1 A TÉCNICA LEGISLATIVA DE CODIFICAÇÃO MILITAR

Diz-nos a doutrina espanhola que existem sistemas, resultado direto dessa atuação legislativa, que são utilizados no panorama internacional para lidar com a introdução da norma penal militar no contexto jurídico. Aquelas correspondem ao *sistema integral ou tradicional*, ao *sistema do código penal autónomo*, ao *sistema de incriminação conjunta ou unitária* e ao *sistema anglo-saxónico da Common Law*³⁴.

O *sistema integral ou tradicional* corresponde a uma construção legislativa em que se incorpora num só texto legal as normas materiais e processuais relativas a um específico objeto de direito. Esta é uma técnica que vai permitir uma mescla de duas realidades jurídicas, juntando-se todas as normas num só código e separando-se em secções diferentes as previsões normativas relativas à atuação humana na comunidade, que precisa de ser regulada pelo direito, e as normas relativas ao acesso e conduta nos meios judiciais, de modo a poder-se resolver os conflitos que surjam da convivência humana. Como exemplos de países que usam este sistema, temos o Chile, Colômbia, México, Perú, França, Mali e Marrocos³⁵.

Considerando este sistema, a doutrina espanhola diz-nos que “resulta anacrónica la imagen de un Código que pretende recoger todo lo concerniente a la administración de justicia militar”³⁶; a nosso ver – devido à complexidade de ambas as matérias – essa técnica (caso o código seja completamente autónomo do processo comum, sem qualquer tipo de remissão e com o rigor que lhe deve ser exigido) acaba por cair no erro das compilações Justinianas: o manejo não será fácil, com um volume excessivo para uma obra que se pretende ser de simples e rápida consulta. A posição adotada por SANTISTEBAN e de MILLÁN GARRIDO relativa a este assunto é diferente: os autores são da opinião de que, através desta construção, propicia-se uma ajuda na compreensão da lei militar para os não-juristas, dando-lhes um conhecimento geral sobre o assunto³⁷. Não nos revemos nessa posição, pois embora a inserção de todas as normas num só documento possibilite um menor trabalho de pesquisa, não nos podemos esquecer da

³⁴ SANTISTEBAN, José Antonio Rodríguez, *Los delitos contra el patrimonio* (...), pág. 20.

³⁵ *Idem*, nota de rodapé 39.

³⁶ ALMOINA, J. L. Valenciano, “En torno al nuevo Código de Justicia Militar”, in *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 35 (1978), pág. 56 cit. por SANTISTEBAN, José Antonio Rodríguez, *Los delitos contra el patrimonio* (...), pág. 20.

³⁷ GARRIDO, A. Millán, *Justicia Militar*, 9ª edición, Ariel, Barcelona, 2012, pág. 40, cit. por SANTISTEBAN, José Antonio Rodríguez, *Los delitos contra el patrimonio* (...), pág. 20.

necessidade de conhecimento sistemático do processo, a par da capacidade de trabalho de interpretação da norma, que só se adquire com experiência e estudo na área jurídica.

O *sistema do código penal autónomo*, tal como o nome indica, vai consistir num Código Penal Militar completamente autónomo, sem referência a normas orgânicas ou procedimentais, que estarão previstas em legislação extravagante³⁸. Assim, reuniam-se todos os delitos de natureza numa só lei, criando um Código Penal Militar à parte do Código Penal Comum. Este tipo de sistema é seguido no Brasil, Paraguai, Alemanha, Bélgica, Holanda, Itália, Luxemburgo, Suíça e Congo³⁹.

O *sistema de incriminação conjunta ou unitária* irá consistir na incorporação de todas as normais penais num só código, sejam elas comuns ou militares. Dentro do mesmo código, estará presente aquela severidade tipicamente castrense, através das punições que se prevejam para os crimes militares⁴⁰. Este é o sistema aplicado na Rússia, na Argentina e nos países de leste, ou com influência soviética⁴¹.

Fazendo referência ao *sistema da Common Law*, esta consiste, muito resumidamente, no desenvolvimento do Direito essencialmente através da jurisprudência, do que por atos legislativos (como no caso do direito romano-germânico, dos quais somos herdeiros), sendo aplicado pela Inglaterra e por países que herdaram o seu sistema jurídico, como grande parte dos Estados Unidos e o Canadá.

Terminando a abordagem das técnicas legislativas, passaremos então a um breve estudo histórico da justiça militar em Portugal para depois localizarmos o Direito Penal Militar Português no contexto dos modelos de codificação acabados de referir.

³⁸ SANTISTEBAN, José Antonio Rodriguez, *Los delitos contra el patrimonio (...)*, pág. 21.

³⁹ *Ibidem*, nota de rodapé 44.

⁴⁰ *Idem*, pág. 21.

⁴¹ *Ibidem*, nota de rodapé 45.

2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA JUSTIÇA MILITAR PORTUGUESA

Não querendo entrar numa análise histórica muito extensa, podemos dizer que a Justiça Militar portuguesa teve como pontos fulcrais os momentos que iremos referir de seguida.

O primeiro regulamento de cariz castrense português foi criado em 1865, seguido da primeira codificação em 1875, embora já existam outras referências nessa matéria⁴². O foro aplicável era o pessoal – independentemente do tipo de crime, este seria considerado e julgado militar se o agente estivesse afeto às Forças Armadas. Após a primeira codificação militar, construiu-se um sistema de justiça militar “*tendencialmente completo*”⁴³; este era caracterizado por ter dois níveis de tutela da disciplina militar: a tutela disciplinar em si (exercida por comandantes e chefes militares) e a tutela criminal, esta última a cargo dos tribunais militares⁴⁴. Em 1986, por Carta de Lei de 13 de Maio, é instituída a Polícia Judiciária Militar (PJM), o órgão de Polícia Criminal Militar⁴⁵.

Em 1911, aquando a implantação da República, foi criado um novo Código de Justiça Militar, passando a ser aplicável o foro material, até 1913, em que reverteu para o pessoal; em 1925, é aprovado o CJM, com base em *exigências de civilização*⁴⁶, visto que era necessário na altura, “actualizar os Códigos de Justiça Militar e de Justiça da Armada, alterar algumas disposições do Código do Processo Criminal e reunir num só diploma comum ao exército e à armada, a legislação penal militar que obedeça às exigências da nossa civilização”⁴⁷. Como medidas, foram alterados os limites das penas, eliminou-se a pena de deportação e previu-se a criação de tribunais militares extraordinários em tempos

⁴² O Regimento de Guerra de D. Dinis, enquadrado nas Ordenações Afonsinas, já previa o sancionamento da violação de deveres militares e definia competências disciplinares; além disso também já existiam tribunais próprios para julgar causas militares, nomeadamente o Conselho de Guerra, em 1640, que recebeu regimento em 1643 (PRATA, Vítor Gil, “Visão diacrónica da Justiça Militar em Portugal” (...), pág. 4)

⁴³ PRATA, Vítor Gil, “Visão diacrónica da Justiça Militar em Portugal” (...), pág. 5.

⁴⁴ Estes dividiam-se em duas instâncias: os de 1ª instância, com várias designações ao longo do tempo, nomeadamente conselhos de guerra regimentais (criados *ad hoc*), conselhos de guerra permanente, conselhos de guerra territoriais e, por fim, tribunais militares territoriais; e o de 2ª instância, o Supremo Tribunal Militar, que chegou a ser apelidado de conselho de guerra régio, conselho de justiça, supremo conselho de justiça militar, tribunal superior de guerra e marinha, e supremo conselho de justiça militar (PRATA, Vítor Gil, “Visão diacrónica da Justiça Militar em Portugal” (...), pág.8).

⁴⁵ BARROS HENRIQUES, José Júlio, “O Órgão de Polícia Criminal Militar”, in *Direito Militar: Função Militar e Justiça Militar*, Academia Militar, Almedina, 2019, pág. 144.

⁴⁶ Cfr. Decreto nº 11.292, de 26 de novembro de 1925 do antigo Ministério do Exército, que aprova o CJM de 1925.

⁴⁷ *Idem*.

de paz para o julgamento de crimes contra a segurança do Estado e outros crimes. Quanto a este último ponto, o próprio documento admite que poderá prevalecer a ideia de *atentado à dignidade da democracia* (quando tal implique a suspensão de garantias constitucionais para o julgamento dos crimes mencionados); no entanto, justifica essa suspensão de direitos em casos de alteração grave de ordem pública para legitimar a criação destes tribunais. Também se pode referir a sempre constante busca pela celeridade do processo, a promoção das garantias de defesa e o afastamento do poder executivo, de modo a diminuir do livre arbítrio desse poder, através da criação dos tribunais militares⁴⁸. Com este novo paradigma, os tribunais militares foram usados para julgar crimes políticos, dando origem a consequências graves para a sua imagem em certos sectores da população⁴⁹. Esta ideia irá servir de argumento para o afastamento dos tribunais militares em tempos de paz, após a revisão constitucional de 1997, tal como está explícito no debate na Assembleia da República referente a essa mesma revisão⁵⁰.

Em 1977, por imperativo constitucional, criou-se um novo CJM; este veio trazer uma perspetiva poucas vezes adotada⁵¹ pelo ordenamento militar português, nomeadamente, a aplicação do *foro material*. Esta foi uma imposição constitucional de 1976, especificamente, no seu nº 2 do artigo 293º⁵², que obrigou a uma revisão do CJM, “por forma a harmonizá-lo com os novos princípios na mesma insertos”⁵³. Ou seja, com respeito pelos preceitos incluídos nos artigos 213º, nº 3, e 218º, respetivamente, quanto ao afastamento dos tribunais com competência exclusiva para o julgamento de tipos de crimes específicos e à competência dos tribunais militares, nomeadamente, para o julgamento, em matéria criminal, dos crimes *essencialmente* militares; no entanto, irá permitir a equiparação de crimes comuns àqueles⁵⁴, levando à inclusão na jurisdição desses tribunais esses crimes dolosos de âmbito comum.

⁴⁸ Cfr. Preâmbulo do Decreto nº 11.292, de 26 de novembro de 1925 do antigo Ministério do Exército, que aprova o CJM de 1925.

⁴⁹ MOURA, José Souto, “Do crime essencialmente militar ao crime estritamente militar”, in *Justiça Militar: a rutura de 2004*, pág. 6 e CANAS, Vitalino, LEITÃO, Alexandra e PINTO, Ana, *Código de Justiça Militar - Anotado - e outra Legislação Militar*, Coimbra Editora, 2005, pág. 8.

⁵⁰ Cfr. Intervenção de Maria Carrilho (Deputada do PS), Diário da Assembleia da República, I Série, nº 102 de 26 de julho de 1997, pág. 3858.

⁵¹ PRATA, Vítor Gil, “Visão diacrónica da Justiça Militar em Portugal” (...), págs. 8 e 9.

⁵² “São expressamente ressalvados o Código de Justiça Militar e legislação complementar, os quais devem ser harmonizados com a Constituição, sob pena de caducidade, no prazo de um ano, a contar da publicação desta.”

⁵³ Cfr. Preâmbulo do Decreto-Lei nº 141/77, de 9 de abril, que aprova o CJM de 1977.

⁵⁴ PRATA, Vítor Gil, “Visão diacrónica da Justiça Militar em Portugal” (...), pág. 9.

Assim, esta conversão vai permitir que aqueles tribunais continuem a julgar crimes *cometidos por* militares como crimes militares, afastando a intenção de se julgar nos tribunais militares unicamente os “crimes *especificamente* militares”⁵⁵. No seu preâmbulo, é-nos dito o seguinte:

“verifica-se que de 1763 a 1875 vigorou entre nós o critério então generalizado na Europa e que viria a ser consagrado pelo direito napoleónico, segundo o qual a jurisdição castrense só imperava em relação aos delitos da disciplina militar. O Código de 1875 veio, todavia, substituir este critério pelo inverso: à jurisdição castrense ficavam subordinados todos os militares só pelo facto de o serem e fosse qual fosse a natureza do delito cometido. O foro militar passara a foro pessoal. Foi este critério que vigorou até hoje entre nós. A Constituição vigente veio, pois, colocar de novo a jurisdição militar no plano do foro material. O cidadão, militar ou civil, só estará a ele sujeito enquanto violador de interesses especificamente militares. Caso negativo, sobrepõe-se-lhe o foro comum, por força da supremacia natural deste.”⁵⁶

É explícita aqui a vontade da passagem para o foro material; no entanto, não será bem-sucedido, sendo isso reconhecido mais tarde pelo legislador, aquando a elaboração do CJM de 2004 ⁵⁷.

Tal como já foi referido *supra*, o foro material torna indiferente a qualidade do agente do crime; o que importa neste caso é a natureza do próprio crime, no que toca aos interesses violados. A mudança de foro acaba por criar um desequilíbrio na estrutura do CJM, que era assente na doutrina do foro pessoal; além disso, outros direitos e garantias previstas na CRP não eram conciliáveis com o CJM anterior, dando origem a várias incoerências que teriam de ser corrigidas neste novo código de 77; tal se traduziu, por exemplo, na proibição da pena de morte em tempo de guerra, o cumprimento do princípio do *habeas corpus* e a detenção em espaço não superior a 48 horas⁵⁸. Limitou-se então o “foro militar ao conhecimento de crimes essencialmente militares, independentemente da qualidade do agente e sem prejuízo de, pela lei ordinária, virem a ser estes equiparados a outros crimes”⁵⁹.

Para além do referido *supra*, viriam a ser criadas novas regras do processo, reestruturando a organização judiciária militar em função daquelas, restringindo as

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ Cfr. Preâmbulo do Decreto-Lei nº 141/77, de 9 de abril.

⁵⁷ Cfr. Debate no Diário da Assembleia da República, Série A-II, Número 084 de 4 de Abril de 2003, pág. 3387.

⁵⁸ Cfr. Preâmbulo do Decreto-Lei nº 141/77, de 9 de abril.

⁵⁹ *Idem*.

autoridades judiciárias militares à investigação policial do crime, através de órgãos especializados; o processo também acaba por ser remodelado, impondo-se à instrução um carácter judicial. No entanto, a parte geral e especial do elenco de crimes militares acaba por se manter inalterada no essencial⁶⁰. Ressalva-se aqui também que este CJM foi publicado antes de se proceder à reforma do Direito Penal Comum e Processual, que haveria de se verificar no futuro, devido ao prazo de um ano imposto pela CRP para a adaptação do CJM à nova realidade constitucional, o que, como seria de esperar, acabaria por obrigar o mesmo a sofrer alterações posteriores, ou mesmo a ser revogado (tendo sido esse o caso)⁶¹.

Finalmente, em 2004, devido à alteração constitucional de 1997, entrou em vigor o atual CJM, criando a categoria de crime “estritamente” militar⁶²; na mesma altura é introduzido o novo Regulamento de Disciplina Militar, tendo sofrido alterações, sendo republicado em 2010. A publicação do CJM atual, aprovado pela Lei nº 100/03, de 15 de novembro, originou alterações profundas à justiça castrense, fruto daquela revisão constitucional, que determinou a proibição de organização de tribunais militares em tempo de paz e estreitou o conceito de crime de natureza militar (passando a designar-se como crime *estritamente* militar), sendo tutelado pelo novo código, socorrendo-se dos tribunais comuns, nos quais estão integrados um ou mais juízes militares. Não se determina aqui a extinção dos tribunais militares, apenas a sua proibição enquanto não estivermos em estado de guerra⁶³ – embora possível, torna-se muito improvável a sua constituição nestes termos, tendo em conta a estrutura geopolítica atual e os quadros de atuação das forças armadas⁶⁴.

⁶⁰ Analisando os CJM de 1925 e de 1977, podemos ver que o elenco de crimes do primeiro simplesmente se aglutinou num só capítulo do último, intitulado “Crimes Essencialmente Militares”, mesclando tanto os crimes essencialmente militares como os acidentalmente/relativamente militares numa só categoria de crimes. Esta situação iria criar no futuro algumas disparidades, pois, obviamente, certos crimes acidentalmente militares nunca se poderiam considerar “essencialmente militares”, devido ao contexto em que se inserem: o facto de serem praticados (obrigatoriamente) por um militar ou membro das forças armadas não militar, independentemente do tipo de crime lesar ou não interesses militares. Diz-nos o Juiz Conselheiro José Souto Moura: “perante as diversas previsões típicas do CJM de 1977, cedo surgiram discrepâncias quanto à respetiva fidelidade à matriz constitucional. E por isso, o Tribunal Constitucional foi chamado inúmeras vezes a tomar posição sobre o assunto”. Sobre este assunto, cfr. o Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, nº 4/2003, votado a 13 de março de 2003, publicado no Diário da República, II Série, nº 167 de 22 de julho de 2003.

⁶¹ Cfr. Preâmbulo do Decreto-Lei nº 141/77, de 9 de abril.

⁶² Diferentemente do “crime essencialmente militar” introduzido em 77, aquele visa proteger o “núcleo duro” do bem jurídico militar, afastando de vez os vestígios ainda presentes do critério pessoal.

⁶³ MOURA, José Souto “Do crime essencialmente militar ao crime estritamente militar” (...), pág. 7.

⁶⁴ Ainda que os crimes estritamente militares sejam perpetrados em estado de sítio e de emergência ou em situações que pressuponham a aplicação das convenções de Genebra, ou mesmo quando relacionados com

2.3 O SISTEMA DE JUSTIÇA MILITAR PORTUGUÊS

Por força das alterações constitucionalmente impostas, e tendo por referência a tipologia de modelos indicada *supra*, vemos que o caso português se enquadra na técnica legislativa *integral ou tradicional*: possuímos um Código de Justiça Militar que engloba tanto as normas substantivas como as normais processuais respeitantes às questões penais do seio militar. No entanto, trata-se de uma codificação mínima, respeitando apenas a crimes que se inserem num conceito restrito de natureza militar, recorrendo tanto ao Código Penal, Código de Processo Penal e legislação extravagante, não só para o preenchimento de lacunas, mas especialmente como *regra*, sendo a lei Comum aplicável a título principal, em tudo o que não for contra ao código castrense⁶⁵.

Adiante analisaremos mais de perto a dimensão substantiva da lei penal militar atual. Por ora, interessa-nos discutir de que forma a reforma constitucional se repercutiu no plano da jurisdição e do processo penal militar.

2.3.1 JURISDIÇÃO E PROCESSO

A revisão constitucional de 1997 impôs modificações quanto ao processo (judicial e disciplinar) e aos tribunais militares. A mais marcante é, certamente, o afastamento dos tribunais militares em tempo de paz, só podendo ser constituídos em caso de guerra, seguida pela acentuação da independência entre os processos disciplinar e penal militares. Anteriormente, essa independência de procedimentos só existia quando se verificavam factos que constituíssem crime comum – e não crime *essencialmente* militar.

Quanto ao processo judicial, os crimes militares são julgados pelos juízos centrais criminais de Porto e Lisboa, pelas secções criminais das Relações do Porto e Lisboa ou então pelas secções criminais do Supremo Tribunal de Justiça (STJ). Estes são coletivos⁶⁶, sendo constituídos por dois juízes civis e um juiz militar nos casos das secções criminais

o empenhamento das Forças Armadas ou outras forças militares em missões de apoio à paz, estes serão julgados em tribunal não militar – ainda que, paradoxalmente, estas condições sejam causa de agravamento da pena no CJM, através de equiparação dos mesmos a “crimes cometidos em Estado de Guerra”; sobre este tema, CANAS, Vitalino, LEITÃO, Alexandra e PINTO, Ana, *Código de Justiça Militar (...)*, pág. 22 e PRATA, Vítor Gil, cit. por ALEXANDRE, Carlos “A Instrução e o Julgamento dos Crimes Estritamente Militares”, in *Função militar e justiça militar*, Academia Militar, Edições Almedina, 2019, pág. 165.

⁶⁵ Cfr. Artigos 2º e 107º do CJM e CANAS, Vitalino, LEITÃO, Alexandra e PINTO, Ana, *Código de Justiça Militar (...)*, pág. 20.

⁶⁶ Cfr. artigo 111º do CJM.

de 1ª instância e da Relação, ou então por dois juízes civis e dois juízes militares, no caso do STJ, sendo sempre um juiz civil a presidir à audiência ⁶⁷. Aqueles podem ser julgados, em primeira instância, logo em tribunais superiores, tendo em conta a patente do réu: no caso de oficiais gerais, obrigatoriamente serão julgados pelo STJ; os oficiais de patente idêntica aos juízes militares de 1ª instância serão sempre julgados pelos tribunais da Relação, podendo caber recurso para o STJ⁶⁸; todos os outros serão julgados primeiramente nas varas criminais das comarcas centrais de Porto e Lisboa⁶⁹.

Quanto à parte instrutória, a PJM atua sob direção do Ministério Público, nos termos do Código de Processo Penal, com competência reservada nos termos da lei que define a sua missão, natureza e atribuições⁷⁰, em conjunto com a sua lei orgânica que a concretiza⁷¹ e estabelece a sua unidade orgânica nuclear: a Unidade de Investigação Criminal (UIC). Quanto à competência da PJM, esta está definida na lei que estabelece as suas atribuições, e é restrita à investigação dos crimes estritamente militares, bem como dos crimes cometidos no interior de unidades, estabelecimentos e órgãos militares⁷². No artigo 6º da sua lei orgânica temos ainda como competências da UIC: assegurar a prevenção, deteção, investigação e coadjuvação das autoridades judiciais relativamente aos crimes da competência da PJM, e demais funções que pelo CPP sejam atribuídas aos órgãos de polícia criminal; assegurar o serviço permanente, nomeadamente de piquete e prevenção; fornecer a informação para a base de dados de investigação criminal da PJM; contribuir para a elaboração do plano de atividades, orçamento e relatórios anuais e demais instrumentos de gestão.

Além do referido, nos termos do artigo 127º do CJM, é aplicável o princípio da assessoria: o Ministério Público, aquando a investigação de crimes estritamente militares, tem a obrigação de ser assessorado por oficiais das Forças Armadas e da Guarda Nacional Republicana.

Relativamente ao processo disciplinar, das decisões sancionatórias proferidas contra um militar passou a ser possível recorrer-se contenciosamente para os tribunais

⁶⁷ Cfr. artigo 116º do CJM.

⁶⁸ Esta situação ocorre, por respeito ao princípio da hierarquia e da antiguidade – um militar mais antigo nunca poderia ser julgado por um militar mais moderno ou de patente inferior.

⁶⁹ Cfr. CJM, artigo 109º.

⁷⁰ Lei n.º 97-A/2009, de 03 de Setembro.

⁷¹ Decreto-Lei n.º 9/2012, de 18 de Janeiro.

⁷² Cfr. Artigo 4º da Lei da Natureza, Missão e Atribuições da PJM.

centrais administrativos⁷³, depois de se esgotarem os meios de garantia administrativos, nomeadamente, o recurso hierárquico, que é necessário⁷⁴ – ou seja, só depois de o Chefe do Estado Maior do respetivo Ramo (ou mesmo o Chefe do Estado Maior das Forças Armadas) confirmar a punição disciplinar ao militar, é que este poderá socorrer-se dos tribunais administrativos para fazer valer a sua defesa. Nesses também se julga em coletivo, integrando o mesmo um juiz militar, tal como nas secções penais⁷⁵.

Tal como referido pelo Coronel GIL PRATA, os procedimentos referidos acabam por se tornar independentes um do outro, devido a um fenómeno jurídico que irá ser abordado *infra*: a construção de uma nova categoria de crime de natureza militar, o crime *estritamente* militar. Essa independência, na sua visão, poderá acarretar alguns problemas, nomeadamente de valoração dupla de uma mesma situação, tanto a nível disciplinar como a nível penal, violando o princípio *Non bis in idem*⁷⁶.

2.3.2 DIREITO PENAL MILITAR SUBSTANTIVO

Abordando agora a norma substantiva, faremos uma comparação entre algumas normas do Código Penal e o Código de Justiça Militar. Podemos referir os crimes de dano, furto e roubo, em que a previsão não se demarca muito entre os dois Códigos; no entanto, ao nível de consequências jurídicas, estas são diferentes, devido aos bens jurídicos que se pretendem salvaguardar no contexto militar⁷⁷.

⁷³ Cfr. Artigo 133º do Regulamento de Disciplina Militar, aprovado pela lei orgânica nº 2/2009 de 22 de julho.

⁷⁴ Cfr. Artigo 121º e ss do Regulamento de Disciplina Militar.

⁷⁵ PRATA, Vítor Gil, “Visão diacrónica da Justiça Militar em Portugal” (...), pág. 13.

⁷⁶ *Idem*, págs. 13, 14 e 15; O autor acredita que devido a esta situação, eventualmente iremos estar perante casos de violação do princípio *non bis in idem*, pois alguns dos interesses defendidos no CJM são também protegidos pelo Regulamento de Disciplina Militar, nomeadamente aqueles valores militares atinentes à disciplina, impostos por deveres especiais. A insubordinação é um exemplo: este é um ato punível tanto disciplinarmente como criminalmente, variando aqui quem aplica a sanção (no primeiro caso, o chefe ou comandante militar, e no segundo o tribunal). Devido à sua complexidade dogmática, o tratamento deste tema importaria desenvolvimentos que não cabem na economia deste trabalho, dirigido especificamente à densificação do conceito de crime *estritamente* militar.

⁷⁷ Em Portugal, a Justiça Militar tem como objetivo a procura da defesa dos bens jurídicos de cariz militar, através do sancionamento de “facto lesivo dos interesses militares da defesa nacional e dos demais que a Constituição comete às Forças Armadas e como tal qualificado pela lei” (cfr. Artigo 1º, nº 2 do Código de Justiça Militar); serão estes os “interesses militares da defesa nacional: a independência e a integridade nacionais (traição à Pátria; violação de segredo; espionagem; infidelidade no serviço militar); os direitos das pessoas (crimes de guerra; crimes em aboletamento); a missão das Forças Armadas (atos de cobardia; abandono de comando); a segurança das Forças Armadas (abandono de posto; ofensas a sentinela; entrada

Começando pelo crime de dano, previsto e punido pelo artigo 212º do CP, o agente pode incorrer numa pena de prisão até 3 anos ou numa pena de multa, enquanto que no CJM a pena vai dos 3 até aos 10 anos nos termos do artigo 79º. Verifica-se aqui uma diferença abismal, pois estamos a falar essencialmente em danos de materiais e propriedade das Forças Armadas, sendo o limite máximo de um, o limite mínimo de outro.

Existem também diferenças quanto ao dano qualificado. Nos termos do artigo 212º do CP, dependendo das situações (nomeadamente o valor da coisa ser elevado ou consideravelmente elevado), poderá a pena de prisão ir até aos 5 anos (ou pena de multa até 600 dias), ou então se situar a pena de prisão entre os 2 e os 8 anos, nos casos mais graves. No caso de estarmos na esfera militar, nos termos do artigo 80º do CJM, já teremos em conta vários fatores: primeiramente, a qualificação caracteriza-se pela ocorrência de *mutilação ou lesão grave de qualquer pessoa, ou então pela verificação de um prejuízo consideravelmente elevado*, aproximando-se mais do crime de dano com violência, previsto e punido pelo artigo 214º do CP⁷⁸; seguidamente, se estas condições se apresentarem, temos de ter em conta se o crime de dano qualificado ocorreu em tempo de guerra e no teatro de operações ou fora dele, ou se foi cometido em tempo de paz. Caso tenha sido no primeiro caso, a pena pode ir dos 8 aos 16 anos; no segundo, dos 5 aos 12 anos; no terceiro, dos 2 aos 8 anos. Se do dano resultar a *morte* da pessoa, a pena poderá ir dos 8 aos 16 anos de prisão, ainda que em tempo de paz. Se nos seguirmos pelos casos mais correntes (em tempo de paz), verificamos uma *quase* igualdade de consequências penais: o Direito Penal Militar vai sempre punir o infrator com a moldura penal mais gravosa do crime de dano qualificado comum.

ou permanência ilegítimas em instalações militares); a capacidade militar (deserção; dano, comércio ilícito; extravio, furto e roubo de material de guerra); a autoridade (insubordinação; abuso de autoridade); e o dever militar e o dever marítimo (ultraje à Bandeira Nacional, perda ou abandono de navio)” (PRATA, Vítor Gil, “Visão diacrónica da Justiça Militar em Portugal” (...), pág. 12, nota de rodapé).

⁷⁸ Quanto às consequências penais do crime de dano com violência p.p. no artigo 214º do CP, importa referir que as molduras penais de ambos não diferem muito: se do facto resultar a morte de outra pessoa, nos termos da alínea c) do nº 1, a moldura penal comum vai dos 8 aos 16 anos de prisão, tal como a moldura mais grave do crime de dano qualificado militar p.p. pela alínea a) do nº 1 e nº 2 artigo 80º do CJM (em tempo de guerra e na área de operações, ou se do dano causar a morte); já se no crime de dano com violência se verificarem as condições do crime de dano qualificado p.p. pelo artigo 213º do CP, nos termos da alínea b), do nº 2 do artigo 214º do CP, a moldura penal abrange 3 a 15 anos, aproximando-se da moldura penal do crime de dano qualificado militar em tempo de guerra, mas não na área de operações, que será de 5 a 12 anos, nos termos da alínea b) do nº 1 do artigo 80º do CJM; por fim, se não existirem as características qualificadoras do crime de dano qualificado no crime de dano com violência, será aplicável a moldura penal de 1 a 8 anos, nos termos da alínea a) do nº 1 do artigo 214º do CP, diferentemente do crime de dano qualificado militar praticado em tempo de paz, que há de ser mais gravosa: 2 a 8 anos, nos termos da alínea c) do nº 1 do artigo 80º do CJM.

Quanto ao furto, está previsto no artigo 203º do CP uma pena de prisão até 3 anos, ou então pena de multa. Já no CJM, no artigo 83º, verificamos que a pena poderá ir de 1 a 4 anos de prisão. A diferença não será substancial, embora mais gravosa no âmbito militar.

Já o furto qualificado, previsto e punido pelo artigo 204º do CP, já varia entre a possibilidade de uma pena de prisão até aos 5 anos (ou pena de multa até 600 dias), ou, em casos mais graves, pode ir entre os 2 aos 8 anos de prisão. No CJM não está prevista a qualificação deste tipo de crime; no entanto, verificando-se certos critérios que se exigem à qualificação do furto comum, a pena de prisão pelo furto (de material de guerra) previsto no CJM pode ir dos 2 aos 8 anos (caso o material seja de valor elevado), ou então dos 4 aos 10 anos de prisão (caso o material seja de valor consideravelmente elevado, ou, para ter realizado o furto, o agente se tenha introduzido em edifício).

Ainda se prevê uma pena específica para o caso de o furto do material de guerra se ter feito com a simples intenção de uso, sem venda, nos termos do nº 3 do artigo 83º do CJM, semelhante ao crime de furto de uso de veículo, previsto e punido pelo artigo 208º do CP. No primeiro caso, a moldura penal é de 1 a 3 anos de prisão, enquanto que no segundo a punição corresponde a pena de prisão até 2 anos. Tal como no caso dos crimes do CJM, a tentativa de furto de uso de veículo, previsto no nº 2 do artigo 208º do CP é punível, mas, de acordo com o nº 3 do mesmo artigo, o procedimento criminal dependerá de queixa, ou de acusação particular nos casos do artigo 207º do CP. Outra diferença a destacar será a reserva de o crime de furto de uso de veículo do CP só se aplicar a casos em que se utilize automóvel ou outro veículo motorizado, aeronave, barco ou bicicleta sem autorização, enquanto que no caso do furto de material de guerra não existe essa ressalva; por fim, no caso de furto de uso de veículo do CP, a parte final do nº 1 do artigo 208º possibilita a existência de uma penalização mais gravosa para este crime ao remeter para legislação extravagante, algo que não acontece no nº 3 do artigo 83º do CJM.

Verificamos aqui que, embora não haja qualificação do furto de material de guerra a nível formal, podemos dizer que, materialmente, estamos perante um furto qualificado; o CJM vai utilizar os critérios de qualificação do furto (qualificado) comum para aumentar a moldura penal do furto de material de guerra. Comparando então este crime com estes tipos diferentes de furto de material de guerra, verificamos, mais uma vez, um

aumento da moldura penal daquele face ao direito penal comum, para além daquele específico furto sem intenção de comercialização.

Quanto ao roubo, no Código Penal está previsto no artigo 210º uma pena de prisão de 1 a 8 anos, de 3 a 15 anos, caso exista perigo para a vida, ofensa grave, ou se preencham os requisitos para o furto qualificado e, por fim, de 8 a 16 anos se do roubo resultar a morte para a vítima.

Quanto ao CJM, no artigo 84º, a pena já varia de 2 a 8 anos; de 4 a 10 anos, caso a coisa roubada seja de valor elevado; de 5 a 15 anos, caso a coisa seja de valor consideravelmente elevado, haja ofensa grave à integridade física ou perigo para a vida; finalmente, de 8 a 16 anos caso resulte a morte de uma pessoa aquando o roubo de material de guerra. Mais uma vez, diferenças significativas se verificam quanto à moldura penal, neste caso quanto ao limite mínimo da pena no CJM.

Após análise extremamente resumida das consequências punitivas desta categoria de crime, com aproximação a outros previstos no Direito Penal Comum, podemos afirmar que o Direito Penal Militar acaba por ser mais severo. De ressaltar que todos os crimes do CJM podem ser puníveis pela tentativa, nos termos do artigo 12º do CJM, algo que não ocorre no CP⁷⁹, reforçando a ideia acima. No entanto, pode-se questionar o porquê da autonomização destes crimes militares, face aos comuns. Essencialmente, a questão irá se prender nos bens jurídicos a defender: pretende-se, nos casos acima, manter o poder da *Capacidade Militar* das Forças Armadas.

⁷⁹ Cfr. Artigo 23º do CP, referente à punibilidade da tentativa.

3. O CRIME *ESTRITAMENTE* MILITAR

Surgiu em 1925, pela primeira vez, um conceito mais restrito de crime militar, nomeadamente, o crime *essencialmente* militar. Este seria o ato que violasse algum *dever militar ou ofendesse a segurança e a disciplina do exército ou da armada* ^{80 81}. Já os crimes (*acidentalmente ou relativamente*) militares seriam os outros que seriam perpetrados por infratores na qualidade de militar, concorrendo também para esta qualificação o lugar e as circunstâncias em que estes atos eram cometidos^{82 83}. Verificava-se aqui a adoção do *critério pessoal*, quanto à definição daquilo que é o *crime militar*. Quantos aos *crimes comuns*, estes eram punidos pela Lei Comum, mas julgados em tribunais militares, sempre que o agente fosse militar ou pessoa de outra qualidade pertencente ao Exército ou à Armada, impondo-se assim um verdadeiro Ordenamento Jurídico à parte.

Como já tinha sido referido *supra*, o Código de Justiça Militar de 1977 já tinha como objetivo principal a adoção do critério material, por imposições constitucionais da época; ainda assim, tal não se chegou a cumprir na sua plenitude, pois algumas normas penais militares não se compaginavam com o preceituado na Constituição. Aquelas baseavam-se na previsão de crimes específicos próprios, em que era necessária a qualidade de militar para se preencher o tipo criminoso, não relevando aqui tanto a natureza do crime, mas sim a qualidade do agente. Diz-nos o Juiz Conselheiro Souto Moura que os

“crimes específicos reclamam uma certa qualidade do agente (ex. crimes praticados por titulares de cargos políticos, ou que exijam a qualidade de funcionário). São crimes específicos próprios, aqueles em que a tipificação depende completamente da qualidade do agente, e crimes específicos impróprios os que agravam a responsabilidade do agente em função de certa qualidade, mas, paralelamente, existem

⁸⁰ Cfr. Artigo 1º, nº1 do CJM de 1925.

⁸¹ Quanto aos crimes *essencialmente* militares do CJM de 1925, estes estão presentes no capítulo I, Título II, do Livro I, e são os seguintes: Traição; Espionagem, Revelação de Segredos do Estado e Aliciação; Crimes contra os Direitos das Gentes; Insubordinação e Coligação; Abuso de Autoridade; Cobardia; Crimes contra o Dever Militar; Deserção; Violências Militares; Extravio de Objetos Militares; Usurpação de Uniformes, de Distintivos ou Insígnias Militares ou de Condecorações; Destruição de Edifícios e de Objetos; Crime contra Pessoas e contra Propriedades em Tempo de Guerra; Crimes praticados por Prisioneiros de Guerra e Emigrados Políticos.

⁸² Cfr. Artigo 1º, nº 2 do CJM de 1925.

⁸³ Quanto aos crimes (*acidentalmente ou relativamente*) militares do CJM de 1925, estes estavam presentes no capítulo II, Título II, do Livro I, e eram os seguintes: Falsidade; Infidelidade no Serviço Militar; Furto, Abuso de Confiança e Burla; Crimes contra a Honestidade; Crimes contra os Deveres Marítimos; Outros Crimes Militares (não apresentação de solípedes ou veículos para o serviço militar, quando requisitados de forma legal).

previsões que protegem fundamentalmente o mesmo bem jurídico e podem ser cometidos por qualquer pessoa”⁸⁴.

Com isto, não se quer dizer que não pode existir esta categoria de crimes na legislação militar (tal seria impossível neste contexto, pois existem crimes que só os militares podem cometer e devem estar aqui previstos), mas antes, afastar aqueles crimes em que os bens jurídicos a eles atinentes não fossem de relevância militar, mas possuíssem natureza castrense só e apenas pelo facto de o agente possuir a qualidade de militar ou equiparável⁸⁵. Assim, o CJM de 2003 teve como missão purgar todos os crimes militares que tivessem por base uma conceção pessoal do elenco de crimes *estritamente* militares, para respeitar o critério do foro material para a competência dos tribunais militares. De modo a atingirmos a plenitude desse critério foi “necessário delimitar os comportamentos criminosos que cabiam na competência desses tribunais não podendo deixar de se eleger e caracterizar os bens jurídico-penais militares”⁸⁶. Ou seja, procurou-se definir quais os bens jurídico-penais militares que poderiam estar dentro daquilo que se passou a chamar de crime *estritamente* militar, em oposição ao já velhinho crime de natureza (acidentalmente/meramente) militar e crime *essencialmente* militar das legislações anteriores. Podemos acrescentar que a ideia final do CJM atual, de acordo com os seus trabalhos preparatórios, seria o “direito penal militar fica[r] assim direccionado para a tutela da actuação das Forças Armadas no quadro dos interesses militares da defesa nacional e das missões que lhes são conferidas pela Constituição”, sendo que através “dessa tutela são mediatamente protegidos aqueloutros valores que conferem substrato à Defesa Nacional e dos quais as Forças Armadas são garante”⁸⁷.

Resta-nos responder à seguinte questão: em que consiste afinal o crime *estritamente* militar?

Recorrendo a uma análise muito restrita, um crime *estritamente* militar irá corresponder a um crime de natureza militar, circunscrito a certos bens jurídicos que pretende proteger. Esses são os estipulados no artigo 1º do CJM de 2003: os *interesses militares da defesa nacional e dos demais que a Constituição comete às Forças Armadas e como tal qualificado pela lei*. Aqueles interesses, nos quais se vão guiar as normas

⁸⁴ MOURA, José Souto “Do crime essencialmente militar ao crime estritamente militar” (...), pág. 20.

⁸⁵ E, assim, lutar contra o fenómeno do aumento desmesurado do raio de atracção da jurisdição militar, apelidado de “Hipertrofia de la Justicia Militar” pela doutrina espanhola (ASÚA, Jiménez *Tratado*, pág. 1362, cit. por BARBERO, Ruperto Nuñez, “Derecho Penal Militar y Derecho Penal común” (...), pág. 736).

⁸⁶ MOURA, José Souto “Do crime essencialmente militar ao crime estritamente militar” (...), pág. 8.

⁸⁷ Cfr. a Exposição de motivos do Projeto de Lei nº 259/IX, de 12 de março de 2003.

penais militares para se inserirem no conceito, irão corresponder à Independência e a Integridade Nacionais; os Direitos das Pessoas⁸⁸; a Missão das Forças Armadas; a Segurança das Forças Armadas; a Capacidade Militar; a Autoridade; e por fim, o Dever Militar e o Dever Marítimo.

O conceito de crime *estritamente* militar vai envolver um “maior rigor quanto aos bens jurídicos carecidos de tutela especial”;

“o que se impunha era uma nova depuração tendente a excluir do âmbito do foro militar tipos de crime que não lesavam diretamente bens jurídico-militares (ex.: crimes de abuso de confiança e de burla) e atrair para o seu âmbito crimes considerados comuns pelo Código Penal e especificamente militares pelo anterior Código de Justiça Militar (ex.: serviço militar em forças inimigas)”⁸⁹.

O que se pretendeu, no fundo, foi limitar a tutela da lei penal militar à proteção dos “interesses militares da defesa nacional e dos demais que a Constituição comete às Forças Armadas e como tal qualificado pela lei”⁹⁰.

Depreende-se daqui que o CJM atual viu-se reduzido no seu âmbito de aplicação, retirando do seu elenco de crimes todas as situações que não tivessem necessidade de *tutela especial*; nomeadamente todos os crimes que não incluíssem no seu “núcleo duro” o conjunto de interesses que cabe à Forças Armadas defender. Ainda assim, foram recolhidos alguns crimes previstos no Código Penal Comum, que passaram a estar no âmbito da jurisdição militar, tendo sido revogados daquele código⁹¹. Para se poder fazer uma comparação, o número de artigos da parte especial do CJM passou de 153 para 80. Esta queda acentuada é resultado da procura de um maior rigor quanto à delimitação do âmbito de aplicação da legislação penal militar.

Aquando a sua elaboração, nos seus trabalhos preparatórios, começou a dar-se início a esta tarefa de restringir o conceito de crime militar, seguindo a linha do projeto

⁸⁸ Conhecido antigamente por “direitos das gentes”, onde se inserem os crimes de guerra e crimes em aboletamento; podemos dizer que se tratam de abusos de guerra, atos que extravasam o conflito bélico, passando a causar dano a pessoas inocentes.

⁸⁹ GOMES CANOTILHO, José, MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, 4ª edição revista, II vol., pág. 571.

⁹⁰ Cfr. Artigo 1º, nº 2 do CJM.

⁹¹ Embora a decisão legislativa tenha ido nesse sentido, essa mudança não foi bem recebida pelo Partido Socialista; após a votação na especialidade do CJM, na Comissão de Defesa Nacional, aquele partido manifestou, na sua declaração de voto, uma “reserva genérica em relação à opção legislativa de transpor alguns crimes (...) previstos no Código Penal para o Código de Justiça Militar, revogando-se as disposições correspondentes do Código Penal. Embora na maior parte dos casos se deva admitir a natureza estritamente militar dos crimes transpostos, esta operação agride mais uma vez a unidade sistemática do CP.” (CANAS, Vitalino, LEITÃO, Alexandra e PINTO, Ana, *Código de Justiça Militar* (...), pág. 15 e nota (21)).

de revisão constitucional nº 2/VII, que veio a introduzir pela primeira vez o conceito de “crime estritamente militar”⁹². De acordo com os pensamentos iniciais do legislador, estes seriam os que “se destinam a proteger os bens jurídicos estritamente militares, ou seja, os que pretendem evitar, através da ameaça penal, as ofensas graves aos valores que tutelam e são os pilares da própria existência das Forças Armadas”⁹³. A ideia era simples: reduzir o âmbito de aplicação do novo código, concentrando-se no objetivo de aplicação do critério material, ficando a legislação penal militar em consonância com a Lei Fundamental. Assim, os problemas de inconstitucionalidade, que teriam surgido desde a promulgação do código da pós-revolução, terminariam⁹⁴.

Diz-nos o Juiz Conselheiro JOSÉ SOUTO MOURA, relativamente aos crimes *estritamente* militares:

“(…) existem crimes estritamente militares que podem ser cometidos por qualquer pessoa e são, pois, crimes comuns. As previsões típicas começam em regra pela expressão “Aquele que…” (…). A maioria dos crimes estritamente militares são, no entanto, crimes específicos porque o respetivo agente tem que ter uma determinada categoria. Desde logo os militares em geral, com a definição do art. 4º do CJM, mas também quem tenha a qualidade de “militar inimigo” (art. 70º, nº 1), de “chefe militar” (art. 40º), ou “oficial prisioneiro de guerra” (art. 104º), entre vários outros. Ainda serão crimes específicos os que, não sendo cometidos por militares o são, porém, por parte de quem estiver “integrado ou ao serviço das Forças Armadas ou de outras forças militares” como sentido de funcionário do art. 386º do CP, como é o caso do crime de corrupção passiva para ato ilícito, do art. 36º do CJM. Há ainda uma categoria de crimes comuns que o não são completamente, porque só podem ser cometidos por quem não exerça funções militares, como é o caso de qualquer cidadão que entrar ou permanecer em força ou instalação militar sem motivo justificado (art. 70º, nº 3 al. a) do CJM)”⁹⁵.

O autor transmite aqui uma ideia muito importante: os crimes militares tanto podem ser específicos ou comuns, embora exista uma ideia generalizada de que tenham necessariamente de ser específicos, devido ao seu conteúdo militar. Tal não é verdade, pois tal como foi referido, existem crimes comuns que também entram na alçada do CJM, não sendo estes cometidos por militares, mas sim por qualquer cidadão⁹⁶, não perdendo

⁹² CANAS, Vitalino, LEITÃO, Alexandra e PINTO, Ana, *Código de Justiça Militar* (...), pág. 14 e nota (20).

⁹³ Exposição de motivos do Projeto de Lei nº 259/IX, de 12 de março de 2003.

⁹⁴ Quanto ao elevado número de problemas que surgiram a nível de inconstitucionalidade de normas penais militares, o Parecer nº 4/2003 do Conselho consultivo da PGR indica-nos uma lista de situações que comprovam esta factualidade, nomeadamente, os acórdãos do TC nº 967/96, nº 271/97, nºs 48/99 e 49/99 e nº 432/99.

⁹⁵ MOURA, José Souto “Do crime essencialmente militar ao crime estritamente militar” (...), pág. 20 e 21.

⁹⁶ Civil ou militar.

por isso a sua natureza militar e consequente proteção especial pela lei militar penal, juntamente com aqueles crimes comuns que “*não o são completamente*” – ou seja, só cometidos por quem não possui a qualidade de militar.

Podemos dizer que, na prática, para se ter conseguido chegar a este conceito de crime *estritamente* militar, o legislador teve de pegar no anterior conceito de crime militar a nível restrito (*essencialmente militar*) e corrigi-lo de modo a compensar o erro que surgiu, devido à necessidade da criação apressada do novo CJM após a revolução de Abril⁹⁷. Isto quer dizer que, para chegarmos a um conceito prático de crime *estritamente* militar, basta pegarmos no conceito anterior, ver quais os crimes militares do código de 1977 que sofreram de inconstitucionalidade (ou não) e apurar respostas junto da jurisprudência.

Acórdão do Tribunal Constitucional (TC) n.º 967/96, de 11 de Julho:

Relativamente a este acórdão, é discutido o conceito de “tropa reunida”, que estava presente no artigo 16º do CJM de 1977. Previa esse artigo que “considera-se o crime cometido em presença de 'tropa reunida' quando praticado em formatura ou estando presente, dez ou mais militares, não se compreendendo neste número os agentes do crime”, sendo esta norma utilizada como causa agravante da pena.

Resumidamente, neste caso foi questionada a constitucionalidade desta norma após ter ocorrido um crime de insubordinação por meio de ofensas ou ameaças, durante um jantar de confraternização em que estavam presentes mais de dez militares. A norma não distinguia se o contexto em que se encontravam os militares reunidos teriam de ser em serviço ou não, criando aqui uma discricionariedade do julgador para agravar a punição de um militar. Tal como é referido no acórdão, a Constituição

“exige que o legislador ordinário se mantenha no âmbito estritamente castrense, só podendo sujeitar à jurisdição militar aquelas infracções que, “afectem inequivocamente interesses de carácter militar”, infracções que, por isso mesmo, hão-de ter com a instituição castrense uma conexão relevante, quer porque existia um nexo entre a conduta punível e algum dever militar, quer porque um nexo se estabeleça com os interesses militares da defesa militar. Quer isto dizer que a caracterização típica do conceito de crimes essencialmente militares resultará, acima de tudo, da natureza dos bens jurídicos violados, sendo certo que, quando se verifique ofensa dos interesses específicos elencados no artigo 1º, nº 2 do Código de Justiça Militar - violação de algum dever militar ou ofensa da segurança e da disciplina das Forças Armadas ou dos interesses militares da defesa nacional e que como tal

⁹⁷ CANAS, Vitalino, LEITÃO, Alexandra e PINTO, Ana, *Código de Justiça Militar (...)*, págs. 7 e 8.

sejam qualificados pela lei militar - existirá, em princípio, um crime daquela natureza.”

Esta é uma das direções pelas quais o legislador deve seguir forçosamente quando insere a norma militar no conceito de crime *estritamente* militar – a atenção ao *nexo relevante* entre o ato cometido e a violação de um dever militar ou com os interesses militares da defesa nacional, tendo sempre em conta os bens jurídicos violados. Assim, esta norma militar penal em específico extravasava o critério que deveria ser seguido pelo legislador, não se enquadrando no âmbito estritamente castrense, apoiando-se simplesmente na qualidade militar das pessoas que presenciassem o crime para este se agravar, ao contrário da norma que estipulava o mesmo mas para a “tropa em formatura”⁹⁸. A diferença reside no contexto (terá de ser em serviço, como está agora especificado na alínea e) do artigo 22º do CJM) e no nexo existente para definirmos o que se insere verdadeiramente no âmbito castrense ou não.

Acórdão do TC n.º 271/97 de 2 de Abril

Neste caso, verificamos uma situação em que o militar foi acusado por um crime de ofensas corporais em ato de serviço, por violação de direito estradal. Desta vez a questão prende-se com o facto de o crime ter ocorrido por violação do direito da estrada, tendo como consequência o dano a alguém. No acórdão está bem explícito que

“o fundamento de que um tal crime, colocando uma ênfase particular na qualidade pessoal do agente e tendo com a instituição militar apenas um elemento de conexão de natureza meramente circunstancial, 'nada tem a ver com os valores especificamente militares ou com quaisquer interesses respeitantes à defesa nacional’”⁹⁹.

O elemento *meramente circunstancial* não basta; a conexão entre os atos praticados e a violação de valores ou interesses militares tem de ser vigorosa e reportar-se unicamente a bens jurídicos militares. Neste caso, o militar cometeu um crime já previsto no Código Penal, ao qual está sujeito, não tanto por ser militar, mas por ser cidadão; assim, a norma que o pune, só por ser militar, torna-se inconstitucional pois deve respeitar o princípio do critério material¹⁰⁰.

⁹⁸ Para mais desenvolvimentos sobre o tema, cfr. Acórdão do TC n.º 967/96, de 11 de Julho.

⁹⁹ Cfr. Acórdão do TC n.º 271/97 de 2 de Abril.

¹⁰⁰ “Na verdade, não se vislumbra naquele crime qualquer especificidade que faça com que deva ser considerado como 'essencialmente militar', dado que um militar que conduza um veículo na via pública está sujeito às mesmas regras que qualquer cidadão, sendo os interesses ofendidos por aquele crime idênticos aos que são violados pelo crime de ofensas corporais tipificado no Código Penal” - Acórdão do TC n.º 271/97 de 2 de Abril.

Acórdão do TC nº 48/99 de 19 de Janeiro

Nesta situação, o militar comete o crime de furto contra outro militar. No antigo CJM estavam previstos, no artigo 201º, os crimes de furto, roubo, abuso de confiança e burla, bastando que fossem cometidos por militares (ou por outras pessoas ao serviço das forças armadas), contra outros militares ou serviços das forças armadas para ter natureza militar. Na decisão recorrida para o Tribunal Constitucional escreveu-se que

“são directamente violados os deveres militares de fidelidade, lealdade e camaradagem, violação atentadora dos valores da coesão e da segurança. Atinge-se, por esta forma, directa e primordialmente, a disciplina e a segurança das Forças Armadas e os bens jurídicos que as tutelam.”

Neste ponto, uma coisa é certa: existem certos valores fundamentais nas forças armadas que não podem ser violados, pois podem minar o sentido de dever e de organização que é suposto estar garantido no seio militar. Não ocorrendo tal coisa, a indisciplina prolifera, impedindo assim a coesão necessária para se manter o sentido de missão que é característico do seio castrense. Assim questiona-se: não será o furto entre militares um crime que atinja directamente esses valores, ao minar a coesão e confiança necessárias para se trabalhar em conjunto, mais do que em qualquer outro ambiente?

A jurisprudência do tribunal constitucional vai nesse sentido, tal como transcrito *supra*; mas, como indica, e bem,

“a conduta ilícita, em si mesma, atenta contra os mesmos valores e interesses sociais que estão na base da incriminação do correspondente crime comum de furto. O que a decisão recorrida considera especificamente militar tem a ver unicamente com a qualidade militar do respectivo agente”.

Assim, o acórdão realça, mais uma vez, a importância da distinção entre o critério material e o critério pessoal, dando prevalência ao primeiro. Os danos sociais decorrentes do crime de furto (violação do direito de propriedade e da relação de gozo entre o dono e a coisa) já estarão salvaguardados pela norma penal comum, não existindo assim base para identificar este tipo de crime como *estritamente* militar, a não ser a qualidade pessoal do agente. Importa referir também que os valores da camaradagem e confiança não têm autonomia penal por si só; estes são salvaguardados individualmente a nível disciplinar.

Num outro acórdão sobre o mesmo assunto, realça-se que nem sequer o facto de o crime ocorrer dentro de uma instituição militar será suficiente: antes será um elemento considerado circunstancial, juntamente com o facto de o agente ser militar¹⁰¹.

Recolhendo os dados fornecidos pela jurisprudência constitucional, podemos chegar à conclusão, mais uma vez, que o crime *estritamente* militar terá de se comprometer a proteger o núcleo duro dos bens jurídicos militares, não podendo extravasar o âmbito castrense; todos os outros elementos serão considerados circunstanciais, podendo levar o intérprete a fugir para o critério pessoal, não respeitando o princípio assente do critério material.

¹⁰¹ Cfr. Acórdão do TC nº 432/99 de 30 de Junho.

PARTE II – O FURTO DE MATERIAL DE GUERRA

1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O TEMA

Após termos analisado o contexto específico da Justiça Militar e o conceito do crime *estritamente* militar, damos início ao estudo do crime de furto de material de guerra, dando especial ênfase ao problema do bem jurídico e, conseqüentemente, ao conceito de “material de guerra”. De início, temos de ter presente que esta parte do estudo irá abarcar algumas fases.

Primeiramente, iremos abordar o crime de furto, previsto no Código Penal. Somos da opinião que é necessário analisar este fenómeno normativo, de modo a apontar as principais diferenças entre este tipo de crime e o previsto no Código de Justiça Militar. A construção normativa poderá ser semelhante, mas a questão justificativa de autonomia perante o Direito Comum é prova de que não são crimes iguais, nem a sua diferença depende da qualidade militar dos objetos, dos sujeitos ou mesmo do local da prática do delito; antes irá depender do bem jurídico.

Em segundo, iremos fazer a comparação entre o furto de material de guerra e o furto do CP, apurando semelhanças e diferenças entre estes.

Por fim, analisaremos a alínea *r*) do artigo 7º com alguma atenção, para descobrir o alcance não especificado do conceito de “material de guerra”.

2. O CRIME DE FURTO DO CÓDIGO PENAL

No artigo 203º do Código Penal, aprovado pelo Decreto-lei nº 400/82, de 23 de Setembro, está previsto o crime de Furto. Diz-nos o artigo:

“Artigo 203º - Furto:

1 – Quem, com ilegítima intenção de apropriação para si ou para outra pessoa, subtrair coisa móvel ou animal alheios, é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa.

2 – A tentativa é punível.

3 – O procedimento criminal depende de queixa.”

Este artigo insere-se no Capítulo II, do Título II, do Livro II do Código Penal; ou seja, na sua Parte Especial, dedicado aos crimes contra o Património, em específico, contra a Propriedade, sendo este crime a “figura matricial e de referência na construção dos crimes patrimoniais operada pelo legislador português”¹⁰².

Vamos analisar este tipo de crime, referindo o tipo objetivo de ilícito, o tipo subjetivo e o bem jurídico que pretende acautelar, prestando especial atenção aos elementos do primeiro número do artigo transcrito.

Sendo este o crime contra o património mais comum do quotidiano¹⁰³, o tipo objetivo deste ilícito há de corresponder à subtração de coisa móvel alheia. Assim, na divisão “interna” dos crimes contra a propriedade, o crime de furto irá inserir-se nos crimes de “apropriação” (ou de “substituição de posição/deslocamento”), afastando-se do âmbito dos crimes de “dano” (ou de “negação”)¹⁰⁴. Esta subtração terá de ser acompanhada por uma ilegítima intenção de apropriação (para si ou para outrem), caracterizando este crime como intencional, pois tem de existir uma vontade do agente para se comportar como o proprietário da coisa subtraída. Como elemento implícito, temos o valor patrimonial da coisa¹⁰⁵.

Dentro do parágrafo *supra* temos vários componentes que terão de ser analisados individualmente, de modo a podermos atingir a verdadeira compreensão do tipo objetivo

¹⁰² GARCIA, M. Miguez, *O Direito Penal Passo a Passo - Volume II*, Edições Almedina, 2011, pág. 33.

¹⁰³ TOCCI, Stefano, *Il furto*, Padova, CEDAM, 2002, pág. 5.

¹⁰⁴ DAMIÃO DA CUNHA, José, *Direito Penal Patrimonial – Sistema e Estrutura Fundamental*, Universidade Católica, 2017 pág. 31.

¹⁰⁵ FARIA COSTA, José, *Comentário Conimbricense do Código Penal – Tomo II*, Coimbra Editora, 1999, pág. 32.

deste ilícito, através do estudo dos seus elementos essenciais do tipo. Estes são os conceitos de subtração, coisa, carácter móvel e alheio da coisa e apropriação¹⁰⁶.

Começando pela *subtração*, esta vai corresponder a um ato de *realização livre* por parte do agente, que irá visar a remoção do “domínio de facto que outrem detinha sobre a coisa”, levando ao aproveitamento das suas utilidades pelo agente¹⁰⁷. Esta ação terá de desencadear efeitos em *ambas* as esferas patrimoniais – do lesado e do autor do crime. Quanto àquele, a subtração vai-se traduzir numa “*privazione della disponibilità materiale della cosa*”, estando a vítima numa posição em que fica impossibilitada de, quando queira, estar em contacto com o objeto do crime¹⁰⁸, sendo necessário, portanto, que a coisa saia da sua *sfera di disponibilità* sem o seu consentimento¹⁰⁹; quanto ao sujeito ativo, a subtração terá de corresponder à colocação da coisa numa posição tal que irá permitir ter um poder de disponibilidade sobre a mesma, sem que a vontade da vítima possa interferir naquela apropriação¹¹⁰. Sem o preenchimento deste elemento objetivo, ainda que os outros elementos estejam preenchidos, o crime de furto não fica consumado¹¹¹.

A *coisa* corresponderá ao sentido comum do termo, não se utilizando o sentido civilístico presente no artigo 202º do Código Civil¹¹². É aplicável antes o *princípio da Corporeidade*¹¹³, correspondendo, nas palavras de MANTOVANI, a uma *porzione del mondo esteriore*¹¹⁴; destarte, a coisa terá de ser uma entidade *físico-materiale* do mundo externo, *spazialmente definita* e *autonomamente esistente*, tendo a capacidade instrumental de satisfazer um desejo humano¹¹⁵. Ainda assim, este não é o critério determinante, podendo a *energia mecânica* (controlável, quantificável e com valor económico) ser objeto de furto, excluindo do conceito os casos das coisas *extra commercium*¹¹⁶.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁷ *Idem*, pág. 42.

¹⁰⁸ MANTOVANI, Ferrando, *Diritto Penale – Parte Speciale II – Delitti Contro Il Patrimonio*, CEDAM, 1989, pág. 68.

¹⁰⁹ TOCCI, Stefano, *Il furto*, pág. 46 e 47.

¹¹⁰ MANTOVANI, Ferrando, *Diritto Penale* (...), pág. 68.

¹¹¹ GARCIA, M. Miguez, *O Direito Penal* (...), pág. 38.

¹¹² FARIA COSTA, José, *Comentário* (...), pág. 37.

¹¹³ *Ibidem*.

¹¹⁴ MANTOVANI, Ferrando, *Diritto Penale* (...), pág. 23.

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ FARIA COSTA, José, *Comentário* (...), pág. 38 e TOCCI, Stefano, *Il Furto*, pág. 26 a 29.

Quanto ao caráter *móvel*, este irá traduzir-se na suscetibilidade da coisa em ser deslocável, autonomizável e destacável¹¹⁷, caracterizado pela jurisprudência italiana como “qualsiasi oggetto corporeo, qualsiasi entità materiale, suscettibile di detenzione, sottrazione ed impossessamento”¹¹⁸; o caráter *alheio* implicará que a coisa esteja “ligada, por uma relação de interesse, a uma pessoa diferente daquela que pratica a infração”¹¹⁹. Quanto a este último aspeto, a doutrina italiana coloca a questão se, para se verificar esse caráter, é necessário que o lesado seja *proprietário* da coisa, ou se basta que exista um direito de gozo (*diritto di godimento*), ou posse ou mesmo uma simples *detenzione* sobre a coisa por alguém¹²⁰; esta questão levanta-se, quanto à definição de um sujeito ativo do crime de furto, pois, no segundo caso, seria possível a existência de um crime de furto “de coisa própria”, se o proprietário retirasse a outrem um pertence seu, sob a qual esse outrem tivesse a posse ou detenção. Seguindo a doutrina portuguesa, somos da opinião que seja necessário a existência de uma *relação de gozo* entre alguém e a coisa, sendo esta a “relação jurídico-penalmente relevante”, ideia que iremos desenvolver *infra*¹²¹.

Relativamente à *apropriação*, esta é um “autónomo poder material sobre a coisa”, poder esse que se verifica na existência de um *corpus*, que corresponde a uma relação material entre o agente e a coisa, e de um *animus*, que corresponde por sua vez a uma vontade de ser proprietário daquela¹²². Este elemento é essencial para a conduta criminosa do furto, enquadrando-se num momento “logicamente e funzionalmente in un tempo successivo” à *subtração*¹²³, correspondendo a uma “*acquisizione della piena ad autonoma disponibilità materiale della cosa*”¹²⁴.

Recordando o descrito *supra*, os elementos essenciais do tipo objetivo são a *subtração de coisa móvel alheia* e o *valor patrimonial da coisa*, enquanto que a *ilegítima intenção de apropriação* pertence ao âmbito subjetivo. Tendo apreendido os conceitos essenciais, podemos agora explanar estes elementos para melhor compreensão deste preceito legal.

¹¹⁷ FARIA COSTA, José, *Comentário* (...), pág. 41.

¹¹⁸ TOCCI, Stefano, *Il Furto*, pág. 29.

¹¹⁹ FARIA COSTA, José, *Comentário* (...), pág. 41.

¹²⁰ MANTOVANI, Ferrando, *Diritto Penale* (...), pág. 28.

¹²¹ FARIA COSTA, José, *Comentário* (...), pág. 30; no mesmo sentido, GARCIA, M. Miguez, *O Direito Penal* (...), pág. 36.

¹²² FARIA COSTA, José, *Comentário* (...), pág. 34.

¹²³ TOCCI, Stefano, *Il Furto*, pág. 49.

¹²⁴ MANTOVANI, Ferrando, *Diritto Penale* (...), pág. 68 e 69.

A *ilegítima intenção de apropriação*, há de ser o elemento – subjetivo – fundamental para caracterizar os crimes contra a propriedade¹²⁵. Este há de corresponder a uma vontade intencional (e ilegítima) do agente se comportar como proprietário; para este elemento se concretizar, ele terá de retirar algo a outrem, obtendo a posse da coisa em nome próprio (*Eigenbesitz*), para usufruir daquilo como se fosse seu^{126 127}. Não basta remover algo da esfera patrimonial do lesado, tem de existir um *animus sibi rem habendi*, a vontade de usar a coisa, como sendo sua¹²⁸. Tal leva a que exista também uma vontade de desapropriar terceiro; sem essa “desapropriação”, o agente nunca se poderá apropriar do objeto. Importa referir que o preenchimento deste elemento subjetivo, conjuntamente com o ato de subtração, é suficiente para determinar a consumação do crime de furto, ainda que essa apropriação não se verifique, sendo o inverso aplicável: sem a existência dessa intenção, não se verifica o crime de furto (*furtum rei*)¹²⁹, podendo se configurar um crime de furto de uso (*furtum usus*) (de veículo, nos termos do artigo 208º do CP, mas também de material de guerra, nos termos do nº 3 do artigo 83º do CJM).

A *subtração de coisa móvel alheia* traduz-se num ato de realização livre por parte do autor que se concretiza na transferência ilegítima da posse de um determinado objeto móvel, na qual subjaz um direito de propriedade ou uma relação de interesse do lesado que não se extingue. Tal como foi referido anteriormente, esta subtração só diz respeito a coisas corpóreas, presentes no comércio jurídico, que sejam autonomizáveis, destacáveis e não ligadas ao solo; para além disso, é essencial que exista alguém que tenha algo a perder como lesado, devido ao ato de subtração: esse algo será a possibilidade de usufruto das qualidades do objeto que saiu da sua esfera patrimonial. Não basta a subtração (*sottrazione*) para se preencher o crime de furto; também é necessária a “apreensão” (*impossessamento*) do objeto do crime de furto, que se traduzirá no “pleno e autónomo domínio” da coisa, detalhe que iremos abordar *infra*¹³⁰.

¹²⁵ DAMIÃO DA CUNHA, José, *Direito Penal Patrimonial (...)*, pág. 32.

¹²⁶ KINDHÄUSER, Urs, *Estudios de Derecho Penal Patrimonial*, traduzido por CARO JOHN [et al.], Grijley, Lima, 2002, pág. 54.

¹²⁷ Esta característica específica, ao nível subjetivo, torna o crime de furto num crime de especial intenção (“Absichtsdelikte”), comportando problemas ao nível da comparticipação, em especial, nas situações em que exista um *extraneus* (que participa através da incitação ou comando à prática de um crime) e um *intraneus* (que executa o crime), resultando em situações de impunidade; sobre este tema, ALMEIDA COSTA, António, *Ilícito pessoal, Imputação objectiva e Comparticipação em Direito Penal*, Almedina, Coimbra, 2014.

¹²⁸ FARIA COSTA, José, *Comentário (...)*, pág. 33 e MANTOVANI, Ferrando, *Diritto Penale (...)*, pág. 69.

¹²⁹ GARCIA, M. Miguez, *O Direito Penal (...)*, pág. 38.

¹³⁰ MANTOVANI, Ferrando, *Diritto Penale (...)*, pág. 67.

Por fim, o *valor patrimonial da coisa*. Este elemento funciona como uma norma contratipo, nomeadamente para diferenciar o furto da sua forma qualificada (sem prejuízo das outras características tipificadoras da qualificação), bem como para expressar a necessidade do objeto possuir um certo *valor patrimonial de mercado*, de modo a ter relevância penal¹³¹. Esse valor patrimonial há de ser aferido “em função do seu valor de “transação””, valor esse fixado na lei através de escalões de valor, presentes no CP no artigo 202º¹³². Depreende-se daqui que as coisas necessitam de ter um certo valor venal para obtermos ação por parte do Estado, caso contrário, o motor de ignição penal arrancava ao bel-prazer de cada um. Na lei italiana já não é assim, não se aplicando escalões de valor, abrindo possibilidade a coisas com *valore non economico* ou então com valor *spirituale o affetivo* se enquadrarem como coisa no sentido patrimonial-penal, logo que exista um interesse no lesado em possuir a mesma, segundo um juízo consensual social¹³³, reservando o *criteri di valutazione* para os crimes de dano¹³⁴.

Quanto ao tipo subjetivo, este é um crime *doloso* na sua essência¹³⁵, configurando-se um crime de *dolo specifico* na doutrina italiana¹³⁶. Não se configura possível a realização deste delito por via da negligência, por falta do preenchimento do elemento da vontade de apropriação do objeto. Ainda assim, é possível a existência de *erro* por parte do agente: se este realizar o ato, configurando a coisa como não sendo sua, quando na verdade o proprietário lhe tinha transmitido a propriedade do alvo do delito, aquele incorre numa tentativa de furto, sendo a mesma punível. Tal se justifica pelo nº 4 do artigo 38º do CP, nomeadamente, no caso de desconhecimento do consentimento do lesado. Contrariamente, no caso de o agente tomar como sua uma coisa pertencente a outrem, devido a erro, não ocorre crime de furto¹³⁷. Na lei italiana é dito que não basta a existência de consciência e vontade por parte do agente de praticar a subtração e adquirir a posse da coisa; também é necessário que este tenha por objetivo (para si ou para outrem) adquirir

¹³¹ FARIA COSTA, José, *Comentário (...)*, pág. 45.

¹³² DAMIÃO DA CUNHA, José, *Direito Penal Patrimonial (...)*, pág. 43.

¹³³ MANTOVANI, Ferrando, *Diritto Penale (...)*, pág. 24. No mesmo sentido, contra a ideia da necessidade da existência de valor venal para a tutela penal, na doutrina portuguesa, CAEIRO, Pedro, *Sobre a Natureza dos Crimes Falenciais (O Património, A Falência, a sua Incriminação e a Reforma dela)*, Coimbra Editora, 1996, pág. 71; na jurisprudência portuguesa, cfr. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, processo nº 0815220, pela relatora SILVA DIAS, Maria Do Carmo (<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/b09acd2c1de1eacc80257514004b9523?OpenDocument>); na doutrina italiana, cfr. MANZINI, Vincenzo, *Trattato di Diritto Penale Italiano* (1985) e ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di Diritto Penale. Parte Speciale – Vol. I*, Giuffrè; 15 edizione, 2008.

¹³⁴ MANTOVANI, Ferrando, *Diritto Penale (...)*, pág. 39.

¹³⁵ FARIA COSTA, José, *Comentário (...)*, pág. 46.

¹³⁶ MANTOVANI, Ferrando, *Diritto Penale (...)*, pág. 71 e TOCCI, Stefano, *Il Furto*, pág. 56.

¹³⁷ FARIA COSTA, José, *Comentário (...)*, pág. 47.

um ganho injusto através do furto¹³⁸, diferenciando-se assim da lei portuguesa – o crime de furto não necessita do requisito subjetivo da “vontade de enriquecimento”, pois insere-se nos crimes contra a propriedade, estando esse requisito reservado para os outros crimes contra o património em geral, previstos nos artigos 217º e seguintes do CP, tal como o crime de burla.

Antes de passarmos ao tópico do *bem jurídico*, vale a pena abordar o tema da *consumação* do crime de furto, que pode não ser tão óbvio quanto parece.

Antes de mais, o furto é um crime de *consumação instantânea*¹³⁹. A dúvida pode subsistir assim no *momento* dessa mesma consumação. A generalidade da doutrina italiana¹⁴⁰ fala-nos em quatro momentos possíveis: o momento da *contractatio*, correspondente ao toque no objeto do furto por parte do infractor; a *amotio*, altura em que se verifica a remoção do lugar onde se encontra a coisa; a *ablatio*, momento fulcral da transferência para fora da esfera de domínio do sujeito passivo para o autor; por fim, a *illatio*, que irá corresponder ao momento em que a coisa é colocada em local seguro¹⁴¹. Afigura-se-nos correta a ideia da *ablatio*: a consumação verificar-se-á assim que o lesado já não possuir domínio sobre a coisa, passando esse para o infrator¹⁴². Naquela doutrina também se distinguem dois tipos de consumação¹⁴³: a primeira, apelidada de *perfezione*¹⁴⁴, ocorre quando numa situação concreta se cumprem *todos os requisitos mínimos* para a tipificação do crime de furto¹⁴⁵; a segunda, apelidada de *consumazione* (*consumazione*), dá-se quando se atinge a *máxima gravidade de delito* na situação concreta em que o agente atua¹⁴⁶. Na palavras de MANTOVANI,

“Mentre la perfezione indica il momento in cui il reato è venuto ad esistere, la consumazione indica il momento in cui è venuto a cessare, in cui si chiude l’iter criminis per aprirsi la fase del *postfactum*”¹⁴⁷

¹³⁸ MANTOVANI, Ferrando, *Diritto Penale* (...), pág. 71.

¹³⁹ FARIA COSTA, José, *Comentário* (...), pág. 49.

¹⁴⁰ *Idem*, pág. 48.

¹⁴¹ MANTOVANI, Ferrando, *Diritto Penale* (...), pág. 69; o autor refere também que não temos necessariamente que escolher um destes momentos para definirmos a consumação do crime de furto; nas suas palavras: “Pur trattandosi delle fasi normal, attraverso le quali la condotta furtiva si svolge, non può dirsi che siano sempre necessarie né una contractatio (...). Né una amotio (...). Né una ablatio (...). Né tanto meno una illatio, poichè non solo la sottrazione, ma addirittura l’impossessamento possono configurarsi anche se la cosa non abbia raggiunto il luogo prestabilito e non sai stata posta al sicuro”.

¹⁴² FARIA COSTA, José, *Comentário* (...), pág. 49.

¹⁴³ *Idem*, pág. 48.

¹⁴⁴ TOCCI, Stefano, *Il Furto*, pág. 64.

¹⁴⁵ FARIA COSTA, José, *Comentário* (...), pág. 49.

¹⁴⁶ *Ibidem*.

¹⁴⁷ MANTOVANI, Ferrando, cit. por TOCCI, Stefano, *Il Furto*, pág. 64.

Assim, MANTOVANI defende que, num primeiro momento, o crime em si existe, já se considerando consumado, verificando-se a apropriação ilegítima e outros requisitos mínimos do crime (*perfezione*), podendo chegar a uma fase final em que o *iter criminis* termina definitivamente, pois o agente já possui na sua esfera de domínio tudo aquilo que visionou furtar para si próprio naquele momento (*consumazione*). Regra geral, estes dois momentos coincidem; no entanto, tal pode não ser o caso, tendo esta questão relevância na doutrina italiana para identificar o momento em que deixamos o âmbito da tentativa para passar à consumação¹⁴⁸. Importa referir que essa distinção também é adotada na nossa doutrina, por CAVALEIRO DE FERREIRA, que nos ensina que a consumação pode ser *formal* (equivalente à *perfezione*) ou *material/exaurimento* (equivalente à *consumazione*)¹⁴⁹.

Agora, falta responder ao quesito inerente ao explanado acima: quando é que podemos assumir que se deu essa transferência de domínio? É pacífico afirmar que isso ocorre no momento em que o autor tenha um *pleno e autónomo domínio sobre o objeto*¹⁵⁰, com um “mínimo plausível de fruição das utilidades da coisa”, e que é necessário que ocorra um *certo período de tempo* até esse domínio se estabelecer, que pode ser curto ou vasto, dependendo das circunstâncias¹⁵¹. Após isso, o crime fica consumado. De referir também que a tentativa, a desistência da tentativa e o arrependimento ativo só podem ocorrer durante o lapso de tempo em que se gera o domínio sobre o bem¹⁵². Depois disso, não existe lugar a condenação pela tentativa, muito menos a possibilidade do uso da legítima defesa por parte da vítima.

Passando ao *bem jurídico*, teremos de nos reter em algumas considerações relativo ao seu conceito antes de avançar, sendo esta uma temática de extrema importância para a nossa tese.

Importa saber que este conceito está entrosado ao conteúdo material do conceito de crime, na sua perspetiva racional, indicando-nos esta que a função última do Direito Penal é a de tutela subsidiária de bens jurídicos dotados de dignidade penal, sendo estes

¹⁴⁸ TOCCI, Stephano, *Il Furto*, pág. 64; tal como nos explica FARIA COSTA, nas situações em que o objeto do crime de furto engloba várias coisas e se efetua em atos sucessivos, dá-se a *perfeição* quando algumas coisas são efetivamente furtadas, mas só existirá *exaurimento* quando todas as coisas se considerarem furtadas naquele momento, podendo, em casos de *perfeição*, o agente ser condenado pelo furto de uns objetos e tentativa de furto de outros.

¹⁴⁹ FARIA COSTA, José, *Comentário (...)*, pág. 48.

¹⁵⁰ *Idem*, pág. 49.

¹⁵¹ *Idem*, pág. 50.

¹⁵² *Idem*, pág. 52.

os “bens jurídico-penais”¹⁵³, que se englobam na ideia do “Direito Penal do bem jurídico”. Avançado primeiramente por BIRNBAUM no séc. XIX, o “bem jurídico” (*Rechtsgut*) veio “substituir a categoria de direito subjetivo, inerente ao conceito material de crime próprio do Iluminismo”¹⁵⁴. Aqueles tratam-se de “*bens jurídicos cuja lesão se revela digna e necessitada de pena*”¹⁵⁵, ou seja, que são bens especialmente importantes, necessitando de intervenção penal caso sejam violentados por atuação contrária à Lei por parte de um agente; mas, da mesma forma que legitimam a sua atuação penal, também podemos dizer traçam os seus limites, correspondendo à concretização e limitação da “noção sociológica fluida da danosidade ou da ofensividade sociais”¹⁵⁶; por outras palavras, tal como propôs HONIG através da “defesa de um conceito metodológico-teleológico de bem jurídico”, a limitação verifica-se na “tutela das condições indispensáveis para a preservação e funcionamento da vida comunitária”¹⁵⁷. No entanto, este não corresponde a um conceito fechado, impossibilitando a sua utilização como ferramenta infalível para traçar a linha que separa a ação que deva ser criminalizada da que não o deva¹⁵⁸. E tal se compreende, se tivermos em conta que o Direito é uma ciência social que se adapta com o tempo em que se insere, sendo de carácter evolutivo; o que hoje pode ser crime, amanhã poderá não o ser e vice-versa. Como nos diz SUSANA AIRES DE SOUSA,

“(…) quer a noção de bem jurídico quer o próprio direito penal estão jungidos à história social de cada povo e de cada época; uma compreensão do sentido e função reconhecida aos primeiros há-de estar pré-determinada pela segunda. (...) De facto, o homem insere-se na historicidade na qual se tem de realizar, prosseguindo a criação em cada caso, e da qual não pode desprender-se. É essa irremediavelmente a nossa conclusão se lançarmos um breve e fragmentado olhar à realidade histórica, decisiva para a formação de um conceito material de crime, nunca esquecendo que o referente da nossa análise, ao qual hão-de estar referidos os limites históricos da mesma, coincide com o conceito de bem jurídico.”¹⁵⁹

¹⁵³ FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *Direito Penal* (...), pág. 114.

¹⁵⁴ AIRES DE SOUSA, Susana, *Os Crimes Fiscais: análise dogmática e reflexão sobre a legitimidade do discurso legitimador*, Coimbra Editora, 2009, pág. 189.

¹⁵⁵ FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *Direito Penal* (...), pág. 114.

¹⁵⁶ *Ibidem*.

¹⁵⁷ AIRES DE SOUSA, Susana, *Os Crimes Fiscais* (...), pág. 191 e nota de rodapé (403).

¹⁵⁸ FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *Direito Penal* (...), pág. 114.

¹⁵⁹ AIRES DE SOUSA, Susana, *Os Crimes Fiscais* (...), págs. 181 e 182.

Ainda assim, é pacífico afirmar que existe um conteúdo palpável no que toca à definição do que é um bem jurídico, traduzindo-se no seu *núcleo essencial*¹⁶⁰. Nas palavras de FIGUEIREDO DIAS,

“(...) poderá definir-se bem jurídico como a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso.”¹⁶¹

Chegando a este ponto, importa referir que, nos termos da conceção teleológico-funcional e racional do bem jurídico, este conceito não se pode resumir ao descrito; antes, tem de seguir certas condições¹⁶², para se identificar como um verdadeiro bem jurídico-penal, recebendo como consequência toda a proteção penal necessária. Como nos ensina FIGUEIREDO DIAS, primeiramente, tem de descrever um *conteúdo material*¹⁶³, tendo então por objetivo tornar-se uma ferramenta para nos aproximar do conceito material de crime – não pode ser um conceito totalmente abstrato ou ideal, mas antes, mais terreno e identificável; em segundo, seguindo a influência da Escola de Baden (WINDELBAND, RICKERT e LASK), o bem jurídico – enquanto “*ratio legis* das normas incriminatórias”¹⁶⁴ – deve servir como “padrão crítico de normas constituídas ou a constituir”¹⁶⁵, tomando uma posição *transcendente* ao sistema penal – o bem jurídico não pode depender das normas penais, mas antes, estas devem ser criadas (ou desfeitas) tendo em conta o bem jurídico a defender; só assim é legitimado o processo de criminalização (ou descriminalização), deixando ao critério do legislador ordinário os termos em que a mesma se processa, pois o bem jurídico-penal não se pretende como um “critério determinativo ou delimitativo da conduta criminalmente relevante”¹⁶⁶. Por fim, o bem jurídico deve ser “político-criminalmente orientado”¹⁶⁷, tendo em vista uma utilidade social procurada pela Constituição; assim, o conceito adquire um “carácter intra-sistemático”¹⁶⁸, dependendo agora das normas constitucionais para assegurar a sua existência. Desta forma, é possível dizer que o bem jurídico “preexiste” ao sistema

¹⁶⁰ FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *Direito Penal* (...), pág. 115.

¹⁶¹ *Ibidem*.

¹⁶² *Idem*, pág. 116.

¹⁶³ *Ibidem*.

¹⁶⁴ AIRES DE SOUSA, Susana, *Os Crimes Fiscais* (...), pág. 191.

¹⁶⁵ FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *Direito Penal* (...), pág. 116.

¹⁶⁶ FIGUEIREDO DIAS, Jorge, “O “direito penal do bem jurídico” como princípio jurídico-constitucional implícito”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência – Ano 145 – Nº 3998*, de 2016, pág. 266.

¹⁶⁷ FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *Direito Penal* (...), pág. 116.

¹⁶⁸ *Idem*, pág. 117.

normativo penal, estando “*reflectido* num valor jurídico-constitucionalmente reconhecido em nome do sistema social total”¹⁶⁹ e, consequentemente, que existe uma relação de mútua referência entre os sistemas jurídico-constitucional e jurídico-penal, traduzida numa “analogia material” que se funda numa “essencial *correspondência de sentido e* – no ponto de vista da sua tutela – *de fins*”¹⁷⁰; essa correspondência reflete-se na circunstância de a Lei Fundamental ser o “quadro obrigatório de referência” e “critério regulativo da actividade punitiva do Estado”¹⁷¹. Assim, diz-nos FIGUEIREDO DIAS que através desta ligação dos bens jurídicos aos ideais constitucionais é que aqueles “se transformam” em *bens jurídicos dignos de tutela penal* ou com **dignidade jurídico-penal**, numa palavra, em **bens jurídico-penais**¹⁷².

Importa referir que este critério de dignidade penal não basta por si só para legitimar a atuação penal, nem se confunde com o de *carência de tutela penal*, também necessário para o entendimento pleno do funcionamento do Direito Penal. A prática de comportamentos anti-jurídicos dá lugar a esta necessidade de intervenção, que terá de ser “indispensável à livre realização da personalidade de cada um na comunidade”, respeitando-se assim o princípio de *ultima ratio* de intervenção deste ramo do direito¹⁷³, que deriva, por sua vez do *princípio jurídico-constitucional da proporcionalidade em sentido amplo*, nomeadamente, da *subsidiariedade* e da *proibição do excesso*¹⁷⁴.

Então, voltando ao tema em apreço, o bem jurídico que a tipificação do crime de furto visa proteger vai corresponder à *propriedade*, tendo como referência constitucional o direito de propriedade, consagrado no artigo 62º da Constituição da República Portuguesa, sendo esta “entendida em sentido jurídico-económico e portanto perspectivada sobretudo pelo seu valor de “transação” ”¹⁷⁵. Esta referência constitucional impõe a adoção da “teoria económico-jurídica” de património, cabendo no âmbito deste bem jurídico-penal todos os “bens suscetíveis de avaliação pecuniária (...), desde que juridicamente tutelados (...), ou, pelo menos, que não sejam juridicamente desaprovados”¹⁷⁶. A previsão do crime de furto, inserindo-se especificamente nos crimes

¹⁶⁹ *Idem*, pág. 120.

¹⁷⁰ *Ibidem*.

¹⁷¹ *Ibidem*.

¹⁷² *Ibidem*.

¹⁷³ FIGUEIREDO DIAS, Jorge, “O “direito penal do bem jurídico” como princípio jurídico-constitucional implícito” (...), pág. 266.

¹⁷⁴ FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *Direito Penal* (...), pág. 128.

¹⁷⁵ DAMIÃO DA CUNHA, José, *Direito Penal Patrimonial* (...), pág. 23.

¹⁷⁶ *Idem*, pág. 24 e 25.

contra a *propriedade*, protege a *relação de gozo entre o titular do direito de propriedade e a coisa*¹⁷⁷, não se restringindo à *propriedade* em si (no sentido jurídico-civil), mas à defesa de uma “manifestação *externa e aparente* do exercício de propriedade”¹⁷⁸, que se pode traduzir na posse e na mera posse; a fruição do gozo é a relação jurídico-penal relevante que merece proteção nesta previsão, demarcando-se dos restantes crimes contra o património em geral, previstos nos artigos 217º e seguintes, que visam uma proteção diferenciada do património. Aqui denota-se a importância do “valor de uso”, como “elemento merecedor de proteção jurídico-penal”¹⁷⁹. A “especial relação que intercede entre o detentor da coisa e a própria coisa”, é o sentido que rege a existência dessa norma penal, baseada no facto de que “a personalidade também se desenvolve com uma relação com o “ter” – com o “ter” enquanto património”¹⁸⁰. Por outras palavras, o direito a “ter” e “poder usar” algo é merecedor de proteção comunitária, podendo-se dizer que se trata de uma necessidade básica e estruturante em sociedade: chamar a uma coisa de “nossa” e poder usufruir da sua utilidade.

¹⁷⁷ FARIA COSTA, José, *Comentário* (...), pág. 30.

¹⁷⁸ DAMIÃO DA CUNHA, José, *Direito Penal Patrimonial* (...), pág. 33.

¹⁷⁹ FARIA COSTA, José, *Comentário* (...), pág. 30.

¹⁸⁰ *Idem*, pág. 29.

3. O FURTO DE MATERIAL DE GUERRA E O FURTO DO CP

O crime de Furto de Material de Guerra, previsto e punido pelo artigo 83º do CJM, possui uma construção normativa aproximada do crime de furto previsto e punido pelo artigo 203º do CP. Ressalvamos abaixo as principais semelhanças entre um e outro.

Começando pelos principais elementos caracterizadores deste tipo de crime, os conceitos de subtração e apropriação para ambos os crimes são equivalentes, bem como o caráter alheio dos bens. Podemos afirmar também que o *iter criminis* não sofre mudanças: o agente, em nome próprio, possuindo uma vontade de apropriação, subtrai algo que não lhe pertence, estando consumado o crime assim que aquele possua o domínio pacífico do objeto de delito, seja para uso próprio, para venda ou para a própria destruição. Também se pode referir o instituto do “uso”; embora não esteja autonomizado num crime de “furto de uso de material de guerra” à semelhança do artigo 208º do CP, o nº 3 do artigo 83º do CJM vai punir a apropriação só para o uso, embora com a menor moldura penal do artigo. Não menos importante é a semelhança, ainda que não intencional, quanto ao regime da tentativa. O Furto de Material de Guerra, estando inserido no CJM, e nos termos do artigo 12º deste diploma, é punível também ao nível da tentativa; ainda que no artigo 203º do CP essa previsão esteja no corpo do artigo, no caso do crime em apreço essa punibilidade não se prevê no corpo do artigo, mas sim através das regras específicas do Direito Penal Militar.

No entanto, várias diferenças são de destacar. Em primeiro, a tipificação do conceito *material de guerra*. Este não é um conceito abrangente, ao contrário do conceito de *coisa* que está plasmado no artigo 203º do CP¹⁸¹. O artigo referente ao Furto de Material de Guerra deve ser interpretado em conjunto com o artigo 7º do CJM, que indica os vários materiais que constituem o objeto do crime. Na sua maioria trata-se de armamento, que, em conjunto com outros materiais perigosos e essenciais para o cumprimento da missão de defesa e operacionalidade das forças, compõem a *capacidade das forças armadas*¹⁸², ou seja, materiais que podem fazer a diferença no contexto operacional, podendo a sua falta ditar a derrota das Forças portuguesas. Em detalhe, esses materiais correspondem ao armamento e seus componentes, tecnologias de informação,

¹⁸¹ De referir que essa abrangência segue certos critérios, já referidos nesta exposição, ao contrário do artigo 7º do CJM, que cria um estreitamento do objeto do crime através da sua tipificação.

¹⁸² Cfr. Capítulo V do CJM.

viaturas, navios e aeronaves, bem como outros bens essenciais para a função de comando, entre outros. Excetuando a alínea *a*) e *j*) (que utilizam a expressão “*tais como*”) e a alínea merecedora do nosso estudo¹⁸³ (referente aos outros bens, não tipificados, mas que pertençam às forças armadas ou outras forças militares, e que a sua falta “*cause comprovados prejuízos à operacionalidade dos meios*”), este artigo acaba por tipificar todos os possíveis materiais que são alvo deste crime *estritamente* militar, polvilhado de elementos caracterizantes de um crime patrimonial. Escusado será dizer que estes materiais, enquanto património das Forças Armadas portuguesas, são considerados bens do domínio público, logo, fora do comércio jurídico, ao contrário dos bens privados, cuja proteção é assegurada pelo CP¹⁸⁴.

Outra grande diferença perante o crime de Furto é relativo à sua natureza jurídico-processual. Este artigo caracteriza-se por ser um crime de natureza pública, bastando apenas a denúncia para dar início a ação penal, diferenciando-se do crime de furto do artigo 203º por ter natureza semi-pública, dependendo de queixa para instigar ação.

É importante ressaltar que a nível da moldura penal, o crime de Furto de Material de Guerra há de ser mais gravoso que o crime de Furto do CP, tal como já foi referido *supra*. Esta situação ocorre devido a dois fatores: primeiro, pela natureza do crime em si, pois o furto de material de guerra está mais próximo do Furto Qualificado do que do Furto Simples; e, em segundo, pelo bem jurídico que pretende defender.

Podemos apontar alguns elementos para justificar a ideia de uma maior proximidade do furto de material de guerra ao furto qualificado: o carácter de “valor elevado” e “consideravelmente elevado” de grande parte destes materiais (alínea *a*) do nº 1 e alínea *a*) do nº 2 do artigo 204º do CP); o facto de, quando não estão a ser utilizados, estarem em armazéns de material de guerra, paióis e locais semelhantes, fechados a sete chaves (alínea *e*) do nº 1, e alínea *e*) do nº 2 do artigo 204º do CP); por último, quanto a alguns, a sua natureza “altamente perigosa” (alínea *c*) do nº 2 do artigo 204º do CP). Na letra do artigo 83º do CJM, é comprovado o que foi dito, ao não se efetuar uma separação desses elementos possivelmente qualificadores do artigo em questão, dando espaço a uma maior moldura penal dentro deste crime: a circunstância de o material ser de “valor consideravelmente elevado” (alínea *a*), nº 2, do artigo 83º do CJM) e a penetração do

¹⁸³ Artigo 7º, alínea *r*), do CJM.

¹⁸⁴ DAMIÃO DA CUNHA, José, *Direito Penal Patrimonial* (...), pág. 46 e 47.

agente em edifício ou outro local fechado, “por meio de arrombamento, escalamento ou chaves falsas ou tendo-se ele introduzido furtivamente ou escondido com intenções de furtar” (alínea *b*), nº 2, do artigo 83º do CJM). Sendo elementos típicos de uma qualificação, a permanência daqueles no corpo do mesmo artigo indica-nos que o legislador não pretendeu qualificar o Furto de Material de Guerra, talvez por ter uma natureza intrinsecamente qualificada, tanto no seu nº 1 como no seu nº 2.

Em segundo, o aspeto diferenciador mais relevante: a questão do bem jurídico. Importa referir que existem algumas diferenças de relevo para descortinar esta situação em específico, que não é tão aparente como parece quanto a este crime patrimonial de cariz militar.

Assim, antes de abordar o bem jurídico atinente a este crime militar, cumpre-nos distinguir os conceitos de Direito Penal de Justiça (ou primário) e o de Direito Penal Administrativo (ou secundário). Estes conceitos existem ligados ao bem jurídico de cariz penal, devido à conexão deste à ordem axiológica constitucional, originando diferenças ao nível formal (sendo as leis avulsas, geralmente, do âmbito do Direito penal secundário), mas principalmente a nível material; quanto a esta última, a diferença entre um e outro irá depender do âmbito do relacionamento que o bem jurídico penal tenha com aquela ordem axiológica constitucional¹⁸⁵. Quanto ao Direito Penal de Justiça, este irá relacionar-se, direta ou indiretamente, com a “ordenação jurídico-constitucional relativa aos *direitos, liberdades e garantias das pessoas*”; o Direito penal administrativo relaciona-se, por sua vez, “essencialmente com a ordenação jurídico-constitucional relativa aos *direitos sociais e à organização económica*”¹⁸⁶. Citando FIGUEIREDO DIAS, esta diferença tem origem

“na existência de duas zonas relativamente autónomas na atividade tutelar do Estado: uma que visa proteger a esfera de actuação especificamente *pessoal* (embora não necessariamente “individual”) do homem: do homem “como este homem”; a outra que visa proteger a sua esfera de actuação *social*: do homem “como membro da comunidade”.”¹⁸⁷

Ora, o CJM há de se enquadrar no Direito penal secundário, devido à especificidade dos bens jurídicos que visa proteger, requerendo um regime próprio

¹⁸⁵ FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *Direito Penal (...)*, pág. 121.

¹⁸⁶ *Ibidem*.

¹⁸⁷ *Ibidem*.

especial em lei avulsa¹⁸⁸. Esse regime tem autonomia legitimada pela Constituição, pois esta “adoptou o conceito de *crimes de natureza estritamente militar* como categoria autónoma dentro do direito criminal”¹⁸⁹. A *função militar*, protegida pelo Direito penal castrense – por determinação constitucional, através do artigo 273º da Constituição da República Portuguesa, que se insere na organização do poder político – visa garantir os interesses militares da Defesa Nacional, que se irão traduzir na “independência nacional, a integridade do território e a liberdade e a segurança das populações contra qualquer agressão ou ameaça externas”. É importante fazer esta destrição para entender o porquê de o Furto do CP ser muito diferente do Furto de Material de Guerra do CJM: a base supra-legal que justifica uma e outra – o bem jurídico atinente a cada um – é distinta.

Tal como foi explicado acima, a previsão do crime de Furto pretende salvaguardar o bem jurídico da Propriedade, nomeadamente, a estreita ligação baseada numa relação de uso entre o titular do direito de propriedade e a coisa. É um bem jurídico de cariz patrimonial. Ora, no que toca ao Furto de Material de Guerra, o bem jurídico protegido não é o referido acima, ainda que a construção normativa seja bastante semelhante ao crime de Furto. A norma militar pretende proteger, como referido *supra*, a *função militar* de proteção dos interesses da Defesa Nacional, neste caso em específico, a *capacidade militar*, que se traduz na *capacidade de prosseguir a missão das forças armadas*. Assim, ao invés, o legislador quis salvaguardar aquela *função militar*, traduzindo-se na capacidade para guerra e não proteger o património da instituição ou dos seus elementos.

Ainda assim, não nos podemos desprender da ideia do “património” que está aglutinado a este tipo de crime; ainda que não seja o elemento que é trazido à luz pelo bem jurídico militar que se pretende proteger, este é um componente central do tipo de crime de Furto de Material de Guerra. Tal sucede, pois embora não esteja aqui em causa a proteção do património das Forças Armadas portuguesas, o próprio conceito é necessário para criar o limite entre uma e outra punição, nomeadamente, através do “valor do património”, fazendo o legislador depender a gravidade do crime com base na subtração patrimonial causada. No entanto, este é um critério imperfeito, pois embora seja um critério de facto, a expressão pecuniária associada ao material de guerra pode não corresponder ou ter a mesma importância na diminuição da capacidade militar das Forças

¹⁸⁸ No mesmo sentido, COSTA OLIVEIRA, Francisco, *O Direito Penal Militar – Questões de legitimidade*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1996, pág. 17 e 18.

¹⁸⁹ SOUSA, Pedro, *O Direito Penal e a Defesa Nacional*, Edições Almedina, 2008, pág. 116.

Armadas portuguesas, ou até mesmo no próprio grau de censura que poderá recair sobre o agente do crime¹⁹⁰. Coloca-se assim a questão relativa ao “valor patrimonial” *versus* a “operacionalidade” das Forças: sem o prejuízo das demais circunstâncias relativas ao autor ou à situação em concreto, poderá a sanção ser igual quando, em situações diferentes, se furtam materiais distintos, com valores equivalentes, mas que ponham em causa a operacionalidade de maneiras diferentes? No plano da moldura penal abstrata, sim, devendo a diferenciação ser feita na graduação da medida da pena pelo juiz¹⁹¹.

Assim, o conceito de “património” não pode ser considerado irrelevante, caso contrário, não poderia existir esta diferenciação, a par do que acontece com o furto simples e qualificado do CP.

Cumprе referir também, a respeito do elemento do património, a existência de uma lacuna legal nesta norma no que toca ao valor da coisa furtada. A lei militar só prevê a punição por Furto de Material de Guerra aos materiais com “valor elevado” (alínea *a*), nº 1 do artigo 83º do CJM), “valor diminuto” (alínea *b*), nº 1 do artigo 83º do CJM) e “valor consideravelmente elevado” (alínea *a*), nº 2 do artigo 83º do CJM). Isto cria um problema para o caso dos materiais que possuam um valor compreendido entre 1 unidade de conta (correspondente ao valor diminuto, nos termos da alínea *c*) do artigo 202º do CP) e 50 unidades de conta (valor elevado, nos termos da alínea *a*) do artigo 202º do CP). Resta-nos saber se o legislador considerou o material de guerra como sendo de “valor elevado” ou “consideravelmente elevado” por natureza (demonstrando, mais uma vez, a natureza implícita qualificadora neste crime, devido ao contexto militar), criando uma exceção para as coisas com valor diminuto, ou se a norma da alínea *b*) do nº 1 do artigo 83º, simplesmente, teve uma redação infeliz, a qual poderia ser substituída por uma previsão mais abrangente, como “em todos os outros casos”.

Nos termos do artigo 182º da Lei nº 71/2018, de 31 de dezembro (que aprova o Orçamento de Estado de 2019 e que tem por referência o n.º 2 do artigo 5º do Regulamento das Custas Processuais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 34/2008, de 26 de fevereiro), 1 UC equivale a 102,00 €, logo, apenas o material que tiver valor equivalente

¹⁹⁰ Podemos referir o exemplo da típica bússola para fins militares que pode ascender a valores acima dos 200,00 €, superando em dobro o valor patrimonial de uma arma automática – além de munições e explosivos que possuem valores patrimoniais irrisórios – ou mesmo um aparelho de pontaria elétrico-ótico que pode chegar a ter um valor acima dos milhares de euros, podendo representar o valor de um conteúdo de um paiol militar.

¹⁹¹ Relativo à questão do material de guerra, à moldura penal se refletir no valor do material furtado e a certos valores de materiais de guerra, cfr. Acórdão n.º 165/2008 do Tribunal Constitucional.

ou superior a 5.100,00 € ou inferior a 102,00 € está sujeito a ser objeto do crime de furto de material de guerra, deixando em aberto uma vasta gama de materiais de uso militar que, certamente, tem um valor intermédio quando considerados individualmente.

No entanto, importa referir que ao analisar esta questão não nos podemos esquecer da regra do nº 2 do artigo 1º do CJM. Este facto só poderá ser considerado como crime estritamente militar (ainda que preencha os requisitos dos artigos 7º e 83º do CJM) se efetivamente lesar os interesses militares da defesa nacional.

Assim, poderíamos dizer que através da correlação entre aquele valor elevado (5.100 €) e o ato do furto em si, conseguiríamos estabelecer um “limite mínimo” que se iria traduzir numa verdadeira lesão aos interesses militares da defesa nacional, verificando-se uma “não lesão” a esses interesses se aquele valor de material furtado não for atingido, remetendo-se a questão para o Direito Comum. Infelizmente, embora prática, esta visão levanta outros problemas: o cerne da questão prende-se com a capacidade de combate que é lesada, e seguirmos esta linha implica atribuir primazia ao património e ao seu valor em si mesmo considerados quanto à interpretação do desvalor do resultado, sendo certo que essa *capacidade* pode não equivaler necessariamente ao *valor monetário* desses materiais¹⁹²; para além disso, seria retirada qualquer utilidade prática à punição pelo furto de material de valor diminuto, pois não faria sentido punir por furtar material de valor diminuto (abaixo de 102,00 €) e não punir por furtar material no valor de 2.000,00 €, por exemplo.

No entanto, na prática jurisprudencial, considera-se que a partir do momento em que o valor ultrapassa uma UC, fica automaticamente preenchida a alínea *b*), do nº 1 do artigo 83º do CJM, sendo assim os factos subsumíveis ao crime de furto de material de guerra de valor diminuto. É importante referir também que já existiram condenações sem valor apurado, não se exigindo a existência do “valor patrimonial” enquanto elemento objetivo do tipo de crime, retirando-se, de certa forma, a importância à característica patrimonial nesta categoria de crimes¹⁹³.

¹⁹² Ver nota nº 190.

¹⁹³ Informação prática gentilmente cedida por Coronel Artilheiro na reserva, Juiz Militar, BARROS HENRIQUES.

4. O CONCEITO DE “MATERIAL DE GUERRA”: A INTERPRETAÇÃO DA ALÍNEA R) DO ARTIGO 7º

Depreende-se do que foi explanado acima que o artigo 7º do CJM é essencial para o preenchimento do tipo do crime de Furto de Material de Guerra¹⁹⁴. O legislador pretendeu punir no contexto militar a subtração daquilo que é considerado o *Património Militar* (sendo este equiparado à *Capacidade Militar das Forças Armadas*) para efeitos penais - afastando, por inerência, tudo o resto que possa ter (ou não) uma conexão com as Forças Armadas, mas não se enquadre no artigo 7º. Assim, a intenção do legislador foi *restringir* o âmbito da aplicação da norma, seguindo a linha de pensamento que foi preponderante na elaboração da nova lei penal militar, traduzida na limitação do bem jurídico de natureza militar ao seu núcleo duro, representado aqui como de natureza *estritamente* militar.

De modo a consegui-lo, o legislador ditou como coisas denominadas de “Material de Guerra” as elencadas por alíneas no artigo referido¹⁹⁵, usando os termos “*tais como*” nas alíneas *a)* e *j)*; “*designadamente*” e “*nomeadamente*” nas alíneas *b)*, *f)*, *h)* e *i)*; “*em especial*” e “*especialmente*” nas alíneas *g)* e *n)*; por fim “*exclusivamente*” na alínea *q)*. Todas estas expressões, juntamente com a denominação expressa de todos os materiais, reforçam a mensagem de que só ocorrerá um crime de Furto de Material de Guerra se forem aqueles os materiais furtados, sem esquecer a sempre presente influência do nº 2 do artigo 1º do CJM, constantemente lembrada na nossa jurisprudência – não basta que o material furtado seja considerado Material de Guerra, é necessário também que “lese os

¹⁹⁴ E não só; a Secção IV do Capítulo V do CJM, nomeadamente, dos artigos 81º ao 84º, dependem deste conceito para o preenchimento do tipo.

¹⁹⁵ Referindo o conteúdo das alíneas do artigo 7º do CJM: as armas de fogo portáteis e automáticas; material de artilharia; munições destinadas às armas atrás referidas; bombas, torpedos, granadas, potes de fumo, foguetes, minas, engenhos guiados e bombas incendiárias; aparelhos e dispositivos para uso militar especialmente concebidos para a manutenção, ativação, despoletagem, detonação ou deteção dos artigos referidos; material de direção de tiro para uso militar; veículos especialmente concebidos para uso militar; agentes tóxicos ou radioativos; pólvoras, explosivos e agentes de propulsão líquidos ou sólidos; navios de guerra de qualquer tipo e seus equipamentos especializados; aeronaves militares de qualquer tipo e todos os seus equipamentos e sistemas de armas; equipamentos para as funções militares de comando, controlo, comunicações e informações; aparelhos de observação e registo de imagens especialmente concebidos para uso militar; equipamentos para estudos e levantamentos hidrográficos, oceanográficos e cartográficos de interesse militar; partes e peças especializadas do material constante do artigo, desde que tenham carácter militar; máquinas, equipamento e ferramentas exclusivamente concebidas para o estudo, fabrico, ensaio e controlo das armas, munições e engenhos para uso exclusivamente militar constantes do artigo; por fim, qualquer outro bem pertencente às Forças Armadas ou outras forças militares cuja falta cause comprovados prejuízos à operacionalidade dos meios.

interesses militares da defesa nacional e dos demais que a Constituição comete às Forças Armadas e como tal qualificado pela lei”.

Assim, não é de se estranhar que existam situações em que, à primeira vista, possam configurar um crime estritamente militar, mas depois se chegue à conclusão que, no caso em concreto, deva ser aplicável o Direito Comum ao invés do Militar. Temos como exemplo flagrante o caso de 2009 do “carregador antigo”, em que o Tribunal da Relação do Porto deu razão ao Tribunal Coletivo de 1ª Instância ao absolver o arguido do crime de Comércio Ilícito de Material de Guerra¹⁹⁶; ainda que o material tenha sido considerado de “guerra” (e assim tenha preenchido o tipo do artigo 82º do CJM, pois o agente tinha “guardado” esse carregador após a guerra do ultramar), o que é certo é que o arguido não lesou os interesses militares da defesa nacional ao fazê-lo. Simplesmente fez o que muitos camaradas do seu tempo tinham feito: trazido para casa uma recordação dos seus tempos de tropa. Tal como está expresso no acórdão,

“Apesar do arguido ter na sua posse aquele carregador nas referidas circunstâncias, não foi colocada em causa a capacidade militar e, muito menos, a operacionalidade das Forças Armadas, o que tudo mostra igualmente que não estiveram sequer em perigo os interesses militares da defesa nacional. Isto significa, do mesmo modo, que a simples posse do referido carregador, naquelas circunstâncias, não é um elemento de conexão suficientemente forte e estruturante para se considerar que, em vez de um crime comum (p. e p. nos arts. 3º 2-a) e 86º 1-a) da citada Lei nº 5/2006), se está perante um crime estritamente militar, concretamente aquele que foi imputado ao arguido. A posse pelo arguido daquele carregador, nas referidas circunstâncias, revela que apenas existe uma conexão accidental com a instituição militar (por aquele material de guerra ser propriedade das Forças Armadas), o que (como já vimos) não é suficiente para se poder concluir que foram directamente colocados em perigo ou lesados os interesses da defesa nacional, mesmo olhando para a vertente da diminuição de capacidade e operacionalidade militares. Ou seja: estando a conduta do arguido accidentalmente ligada a interesses militares, essa conexão não é suficientemente densa para se poder qualificar o referido comportamento como crime estritamente militar em vez de crime comum. Daí que se perceba a conclusão do Colectivo no sentido de que a posse, nas referidas circunstâncias, daquele carregador, propriedade das Forças Armadas Portuguesas, não integrava crime estritamente militar, tanto mais que o componente em questão (carregador fabricado em 1964) “não tinha virtualidade para atentar contra os interesses militares da defesa nacional”, o que levou à absolvição do arguido da prática do crime que lhe era imputado. Sobraria, assim, o crime comum previsto e punido no art. 86º 1-a) da Lei nº 5/2006, de 23/2.”¹⁹⁷

¹⁹⁶ Cfr. Artigo 82º do CJM.

¹⁹⁷ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto – Secção Criminal, de 04 de fevereiro de 2009, Proc. 8091/08-1, pela relatora SILVA DIAS, Maria Do Carmo

Assim, esta atuação não cumpriu os requisitos do artigo 1º do CJM, não podendo ser punido por esta lei, mas sim, eventualmente, pelo Direito Comum¹⁹⁸.

Não bastando esta *nuance*, temos também a situação que pretendemos analisar com mais cuidado, a referente à alínea *r*) do artigo 7º. Como referido *supra*, diz-nos a alínea que também poderá ser considerado Material de Guerra “Qualquer outro bem pertencente às Forças Armadas ou outras forças militares cuja falta cause comprovados prejuízos à operacionalidade dos meios”. Vamos por partes.

Começando por recordar o que já foi dito, esta alínea é uma válvula de segurança que o legislador, prudentemente, decidiu incluir no artigo já por si extenso, tendo a consciência de que poderão existir mais materiais que pertençam ao chamado *Património Militar* e que podem integrar esta definição, seja pelo facto de ser impossível prever todas as situações correntes, seja pela *evolução* da “arte” da guerra¹⁹⁹. Assim, *qualquer bem que pertença às Forças Armadas ou outras forças militares* (como a Guarda Nacional Republicana) pode cair nesta definição.

Ainda assim, e respeitando o princípio plasmado no artigo 1º do CJM, a falta desse material tem de *causar prejuízos à operacionalidade dos meios*, sendo este o limitador de referência, separando aqui os casos dúbios que vão surgindo; a inexistência deste requisito leva à mudança da qualificação jurídica dos factos, podendo, no caso, em vez de um crime de Furto de Material de Guerra, passar a tratar-se de um crime de Furto (simples ou qualificado) do CP.

Esta análise leva a que nos debrucemos com especial atenção neste limitador; a nosso ver, a pertença de algum bem às Forças Armadas Portuguesas é facilmente comprovável, bastando ser algo que tenha sido adquirido pela Instituição Militar, com receita estatal ou própria, estando “à carga” num quartel militar e com vista ao cumprimento da missão, tendo em conta o Plano de Atividades anual (que justifica essas aquisições). Por outras palavras, tudo está registado, inclusive os materiais adquiridos.

Agora, quanto à possibilidade de *causar prejuízos à operacionalidade dos meios*, as coisas já se tornam mais complicadas, dependendo do contexto específico em que esses

(<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/4b8f27c0b9a38d318025756200417439?OpenDocument>).

¹⁹⁸ Neste caso, pelo crime de Detenção de arma proibida, previsto e punido pela alínea *a*), do nº 1 do artigo 86º do Regime das Armas e Munições, aprovado pela Lei nº 5/2006, de 23/2.

¹⁹⁹ Quem sabe se no futuro existirão outros utensílios de guerra, não previstos nesta norma?

materiais se inserem. Usando como exemplo, o fardamento: se um par de botas de um militar em serviço forem furtadas, aplica-se qual regime? O Furto de Material de Guerra do CJM ou o Furto (simples ou qualificado) do CP?

Regra geral, seria aplicável o regime do CP. A falta de um par de botas, em si, não são suscetíveis de lesar a *operacionalidade dos meios*, muito menos os *interesses militares da defesa nacional*; o bem jurídico primordialmente afetado há de ser o da propriedade, ou antes, a relação de gozo por parte de um militar e as suas botas. No entanto, em contexto operacional, se *todas* as botas (ou pelo menos um montante considerável) de um pelotão ou regimento forem furtadas, impedindo ou dificultando assim um exercício ou missão desse grupo de militares, aí estaríamos a observar um paradigma diferente.

Importa aqui referir que o significado da expressão “causar prejuízos comprovados à operacionalidade dos meios” não é subjetiva. Existem determinados critérios objetivos utilizados na prática jurídica para se apurar se, de facto, existiram prejuízos à operacionalidade, que, por sua vez, lesou os interesses militares da defesa nacional²⁰⁰. Resultou consensual na prática jurisprudencial que tais prejuízos deveriam assumir-se como material e/ou patrimonial e funcionalmente qualificados, devendo ser aferidos em cada caso concreto, por recurso aos seguintes critérios de objetividade: i) a escassez do bem em causa (designadamente pelos custos associados ao mesmo (pelo seu alto tecnicismo ou valor de mercado) e consequente dificuldade de obtenção); ii) a dificuldade patente na sua substituição por sucedâneo ou equivalente; iii) a situação tática ou operacional em concreto; e iv) a concorrência de duas ou mais situações anteriores.

Tendo isto em conta, podemos ver que existem três tipos de requisitos presentes nesta fórmula: uns inerentes ao *bem* furtado, pois este tem de ser *escasso* e/ou de *difícil substituição*; outro referente ao contexto fáctico militar que foi posto em causa; por fim, a pluralidade de fatores objetivos derivados do crime executado. É do nosso entendimento que este último requisito determina a essencialidade do conceito de *prejuízo* à operacionalidade, firmando que essa lesão irá definitivamente existir se se verificar essa concorrência, deixando ao critério do julgador a existência ou não de prejuízo se só se verificar uma das condições. Assim, podemos dizer que, por exemplo: i) se “A” furtou

²⁰⁰ Informação prática, mais uma vez, gentilmente cedida pelo Cor de Artilharia na Reserva, Juiz Militar, BARROS HENRIQUES.

um bem militar *escasso*, que *prejudicou uma operação militar* este irá incorrer num crime de Furto de Material de Guerra; ii) no entanto, se “A” *prejudicar uma situação tática* ao furtar um bem militar *não escasso*, e *fungível*, este poderá *somente* estar a praticar um crime de Furto do CP (simples ou qualificado); iii) da mesma forma, se “A” furtar um bem militar de *difícil substituição*, mas que não seja considerado *escasso* ou de *alto valor*, nem se considere que, naquele contexto, se tenha afetado a *operacionalidade dos meios*, “A” poderá estar a incorrer, também, *somente* num crime de Furto do CP (simples ou qualificado).

Vemos assim que a aplicação desta norma, seguindo estes critérios, pode levar a soluções que não serão pacíficas, especialmente se tivermos em conta a segunda hipótese. Uma coisa que não seja escassa e de difícil obtenção, mas que a sua falta *comprometa por completo uma missão* não merecerá uma proteção mais forte, como a prevista para o Furto de Material de Guerra?

A nosso ver, o critério jurisprudencial peca, não só por referir-se ao carácter patrimonial do material de guerra para delimitar o conceito de prejuízo à operacionalidade (refletido na escassez ou valor de mercado do bem), mas também por não estabelecer como critério determinante a *situação tática* em concreto, nomeadamente, a colocação em perigo ou o fracasso da missão – critério esse que se reflete melhor no bem jurídico-militar a proteger, a capacidade militar das forças armadas. Destarte, a bem de melhor defender os interesses militares da Defesa Nacional, o prejuízo à operacionalidade deve circunscrever-se, a nível principal, aos efeitos que a falta do material causou à missão, deixando em segundo plano as considerações patrimoniais relativas ao bem furtado, em específico, o seu valor de mercado. Através desta solução, contribui-se para o afastamento a ideia da equivalência do conceito de *prejuízo patrimonial* enquanto *prejuízo operacional*.

Assim, resta-nos dizer que, ainda, subsistem dúvidas sobre o sentido e alcance da previsão da alínea *r*), nomeadamente na 2ª parte da norma – “cuja falta cause comprovados prejuízos à operacionalidade dos meios”.

CONCLUSÃO

Chegados ao final desta dissertação, é necessário retirar da mesma algumas considerações.

A Justiça Militar é um conceito antigo, com uma tradição vasta, incorporando e protegendo valores e dogmas, nas suas vertentes disciplinar e penal, que ainda hoje são a coluna vertebral das Forças Armadas. A proteção penal de cariz militar, em específico, é necessária no seio castrense, pois sem ela, os bens jurídico-militares que visam os interesses da Pátria não poderiam ser salvaguardados, e aquilo que conhecemos por Forças Armadas deixaria de fazer sentido, pois embora não sejam um mundo separado do civil, não deixam de ser diferentes, com legislação diversa, reportando-se à mesma base do Estado Democrático.

Mantendo a coerência Constitucional, o Direito Penal Militar terá então de se submeter à Lei Fundamental, ainda que isso implique um corte na sua tradição. Referimo-nos, claro, ao afastamento dos Tribunais Militares em tempo de paz, da adoção do critério material em afastamento do critério pessoal e da sujeição do Direito Penal Militar ao conceito de crime estritamente militar. Seguindo estes guias, a Justiça Militar é aceite democraticamente, protegendo unicamente os bens jurídicos de cariz militar, focando-se mais na natureza do crime que na natureza pessoal do agente. Diz-nos FIGUEIREDO DIAS, que o

“direito penal militar só pode ser um direito de tutela de bens jurídicos militares, isto é, daquele conjunto de interesses socialmente valiosos que se ligam à função militar específica: a defesa da Pátria, e sem cuja tutela as condições de livre desenvolvimento da comunidade seriam pesadamente postas em questão. O que não deixará de ter consequências profundas e decisivas na nova face que terá que assumir o futuro direito penal militar. Logo na redução da extensão das incriminações e no mais largo papel concedido ao direito penal comum como direito penal geral. Mas também na própria conceção das penas criminais militares, do seu catálogo, da sua função e da sua própria essência. Em tudo isto o direito penal militar não poderá constituir um outro direito penal, mas deverá limitar-se a ser um direito penal comum, só especializado pelos específicos bens jurídicos que lhe cumpre proteger e pela específica área de tutela em que os princípios da dignidade e da necessidade penais têm de actuar”²⁰¹.

²⁰¹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge, “Justiça Militar” in *Colóquio Parlamentar*, Comissão de Defesa Nacional, Lisboa, 1995, pág. 26.

Tendo em mente esta prioridade na legislação militar, surge a questão principal que se levanta nesta exposição: as semelhanças e diferenças entre os crimes patrimoniais no direito comum e no direito militar, nomeadamente quanto ao crime de furto.

Podemos ver que a construção normativa, bem como o tipo a preencher que leva à produção do crime, são muito semelhantes, logo, os factos, quando vistos de forma descontextualizada, poderão ser quase equivalentes. Traduzem-se num ato de apropriação ilegítima, para si ou para outrem, de bens móveis alheios; embora num se refira simplesmente ao *património privado*, o outro há de focar-se, obrigatoriamente, no *património militar*, na sua componente enquanto *Capacidade Militar*. Este último detalhe é essencial para entender a diferença, entre um e outro crime, quanto ao bem jurídico. Não basta que se verifique uma subtração do *património militar* (algo facilmente comprovável), mas que a mesma afete a *Capacidade Militar* das Forças Armadas Portuguesas (surgindo aqui as dúvidas referidas), pois só assim se legitima a criminalização que se baseia na proteção da *função militar*. E enquanto o legislador conseguiu fazê-lo quase na sua totalidade através artigo 7º do CJM, ao expor aquela restrita e longa lista de materiais de guerra, acabou por acrescentar, prudentemente, a cláusula de segurança da alínea r), afetando o critério da segurança e certeza jurídicas em prol da necessidade de salvaguardar qualquer outra situação não especificada. Assim, é necessário trabalhar-se mais no conceito – “*cuja falta cause comprovados prejuízos à operacionalidade dos meios*” –, de modo a evitar situações de absoluta discricionariedade e, acima de tudo, fazer valer a norma constitucional que legitima aquela incriminação especificamente militar invés da civil: a proteção dos interesses militares da Defesa Nacional, nomeadamente da *Capacidade Militar*, em específico, a “*operacionalidade dos meios*”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AIRES DE SOUSA, Susana - *Os Crimes Fiscais: análise dogmática e reflexão sobre a legitimidade do discurso legitimador*, Coimbra Editora, 2009, ISBN 978-972-32-1432-6;

ALEXANDRE, Carlos “A Instrução e o Julgamento dos Crimes Estritamente Militares”, *in Direito Militar - Função Militar e Justiça Militar*, Academia Militar, Edições Almedina, 2019, ISBN 978-972-40-7863-2;

ALMEIDA COSTA, António Manuel – *Ilícito Pessoal, Imputação Objectiva e Participação em Direito Penal*, Almedina, Coimbra, 2014, ISBN 978-972-40-5872-6;

ANTOLISEI, Francesco - *Manuale di Diritto Penale. Parte Speciale – Vol. I*, Giuffrè, 15 edizione, 2008, ISBN 978-8814138355;

BARBERO, Ruperto Nuñez, “Derecho Penal Militar y Derecho Penal común”, *in Anuário de Derecho Penal y Ciências Penales, Fasci. 3*, 1971;

BARROS HENRIQUES, José Júlio, “O Órgão de Polícia Criminal Militar”, *in Direito Militar: Função Militar e Justiça Militar*, Academia Militar, Edições Almedina, 2019, ISBN 978-972-40-7863-2;

CAEIRO, Pedro - *Sobre a Natureza dos Crimes Falenciais (O Património, A Falência, a sua Incriminação e a Reforma dela)*, Coimbra Editora, 1996, ISBN 978-972-32-073-23;

CANAS, Vitalino, LEITÃO, Alexandra e PINTO, Ana - *Código de Justiça Militar - Anotado - e outra Legislação Militar*, Coimbra Editora, 2005;

CORREIA, Eduardo - *Direito Criminal*, Livraria Almedina, Coimbra, 1997;

COSTA OLIVEIRA, Francisco - *O Direito Penal Militar – Questões de legitimidade*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1996;

DAMIÃO DA CUNHA, José - *Direito Penal Patrimonial – Sistema e Estrutura Fundamental*, Universidade Católica, 2017, ISBN 978-989-88-353-45;

FARIA COSTA, José - *Comentário Conimbricense do Código Penal – Tomo II*, Coimbra Editora, 1999, ISBN 972-32-0855-5;

FIGUEIREDO DIAS, Jorge - *Direito Penal – Parte Geral – Tomo I – Questões Fundamentais – A Doutrina geral do crime*, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2007, ISBN 978-972-32-2108-4;

FIGUEIREDO DIAS, Jorge, “O “direito penal do bem jurídico” como princípio jurídico-constitucional implícito”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência – Ano 145 – Nº 3998*, 2016;

FIGUEIREDO DIAS, Jorge, “Justiça Militar”, in *Colóquio Parlamentar*, Comissão de Defesa Nacional, Lisboa, 1995;

GARCIA, M. Míguez - *O Direito Penal Passo a Passo – Volume II*, Edições Almedina, 2011, ISBN 978-972-40-4686-0;

GARRIDO, António Millán - *El Delito de Desercion Militar*, Bosch, 1983;

GOMES CANOTILHO, José e MOREIRA, Vital - *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, 4ª edição revista, II vol., 2014;

KINDHÄUSER, Urs - *Estudios de Derecho Penal Patrimonial*, traduzido por CARO JOHN [et al.], Grijley, Lima, 2002, ISBN 9972-9593-0-9;

MANTOVANI, Ferrando - *Diritto Penale – Parte Speciale II – Delitti Contro Il Patrimonio*, CEDAM, 1989, ISBN 88-13-16652-4;

MANZINI, Vincenzo - *Trattato di Diritto Penale Italiano*, 1985;

MOURA, José Souto - “Do crime essencialmente militar ao crime estritamente militar”, in *Justiça Militar: a rutura de 2004*, Instituto Universitário Militar, Lisboa, 2017, (http://www.iesm.pt/s/images/noticias/docs/Cons_Souto_Moura.pdf);

PRATA, Vítor Gil - “Visão diacrónica da Justiça Militar em Portugal”, in *Justiça Militar: A rutura de 2004*, Instituto Universitário Militar, Lisboa, 2017, (http://www.iesm.pt/s/images/noticias/docs/COR_Gil_Prata.pdf);

SANTISTEBAN, José Antonio Rodriguez - *Los delitos contra el patrimonio en el Código penal militar*, Madrid, Reus, 2017, ISBN 978-84-290-1961-2

SOUSA, Pedro - *O Direito Penal e a Defesa Nacional*, Edições Almedina, 2008, ISBN 978-972-40-3464-5;

TOCCI, Stefano - *Il furto*, Padova, CEDAM, 2002, ISBN 88-13-24012-0.